



Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)



VULNERABILIDAD, SOSTENIBILIDAD Y EFECTIVIDAD
EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO

MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA²
GEMMA RUBIO GIMENO
(COORDS.)

**VULNERABILIDAD,
SOSTENIBILIDAD
Y EFECTIVIDAD
EN LA CONTRATACIÓN
DE CONSUMO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
Tamayo y Baus, 7. 28005 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 979-13-87913-43-4
Depósito legal: M-27640-2025
DOI: <https://doi.org/10.37417/VSECC>
Diseño de cubierta: ENE ESTUDIO GRÁFICO
Impresión: ÉLECE, INDUSTRIAS GRÁFICAS, S.L.
Madrid, 2025

*Per a la Mariló,
diuen que la vida i els nous projectes s'obriran pas i ens ho hem
de creure. El que sí sabem del cert és que, en la teva absència,
ja no seran tan lluminosos i engrescadors, ni ens hi sentirem
tan a gust.*

*Para Mariló,
dicen que la vida y los nuevos proyectos se abrirán paso y de-
bemos creérnoslo. Lo que sí sabemos con seguridad es que, en
tu ausencia, ya no serán tan luminosos y estimulantes, ni nos
sentiremos tan a gusto en ellos.*

ÍNDICE

	pág.
PRESENTACIÓN	21

PARTE I. LA VULNERABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO

EL CONSUMIDOR VULNERABLE: UNA CATEGORÍA POR DELIMITAR, por Antoni Mut-Piña	31
1. Introducción	31
2. La protección de los consumidores vulnerables en el ordenamiento jurídico español	33
2.1. La protección frente a prácticas comerciales desleales: consumidores especialmente vulnerables	33
2.2. El bono social eléctrico: vulnerabilidad y equilibrio con- tractual.....	35
2.3. El deudor hipotecario en situación de exclusión: límites a los intereses moratorios.....	36
2.4. Suspensión de lanzamientos hipotecarios: protección de colectivos especialmente vulnerables	37
2.5. Inclusión financiera y cuentas de pago básicas: protección frente a la exclusión	38
2.6. Vulnerabilidad habitacional y crisis sanitaria: medidas excepcionales frente al desahucio.....	39
2.7. Vulnerabilidad en la legislación general de consumo: de- finición legal y estándares de protección	40
2.8. Vulnerabilidad y derecho a la vivienda	41

	pág.
3. La construcción heterogénea del consumidor vulnerable en el ordenamiento español	43
4. Impulso normativo: entre la reacción legislativa y el cambio de paradigma	47
5. Conclusiones	49
6. Bibliografía	50
 DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y VULNERABILIDAD , por <i>Inmaculada Vivas Tesón</i>	 53
1. Igualdad y no discriminación en la contratación privada	53
2. La <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> o eficacia horizontal de los derechos fundamentales	59
3. El Derecho contractual antidiscriminatorio	63
4. El consumidor vulnerable	73
5. Bibliografía	76
 LA VULNERABILITÀ NEL SETTORE ENERGETICO. IL QUADRO DEL DIRITTO EUROPEO E L'APPROCCIO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO , por <i>Carla Solinas</i>	 79
1. Il cliente vulnerabile e la diversa figura del contraente debole nel settore energetico	79
2. Le politiche energetiche dell'Unione Europea. Dal contraente debole al cliente attivo	83
3. La protezione del cliente vulnerabile	88
4. La responsabilizzazione del cliente vulnerabile	92
5. Conclusioni	95
6. Bibliografia	96
 DIGITALIZACIÓN Y VULNERABILIDAD , por <i>María Dolores Hernández Díaz-Ambrona</i>	 99
1. La necesidad de una estrategia de protección de las personas consumidoras vulnerables	99
2. El derecho de accesibilidad universal a internet	103
3. Una transformación digital centrada en la persona	105
4. Cómo afecta la inteligencia artificial a las personas vulnerables ..	107
5. Conclusiones	114
 LA VULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS Y EL PAPEL DE LAS HIPOTECAS VERDES EN EL COMPLEJO CAMINO HACIA UNA TRANSICIÓN ENERGÉTICA JUSTA* , por <i>Miriam Anderson</i>	 117

	pág.
1. Introducción.....	117
2. El encaje de los créditos con garantía inmobiliaria en el Derecho de consumo de la UE.....	120
3. Los objetivos de neutralidad climática de la UE y su conexión con la DCI.....	123
4. Hipotecas verdes y crédito responsable	126
4.1. Concepto y valor añadido de las hipotecas verdes	126
4.2. La correlación negativa entre hipotecas verdes y riesgo de morosidad.....	131
4.3. Eficiencia energética y control de solvencia.....	135
4.3.1. La tasación del inmueble.....	135
4.3.2. La expectativa de cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito inmobiliario.....	137
4.4. Situación actual.....	138
5. Reflexiones finales	140
6. Bibliografía citada.....	143

POLÍTICA DE RENEGOCIACIÓN DE DEUDAS, PREVENCIÓN DEL ACOSO FINANCIERO Y VULNERABILIDAD DEL DEUDOR CEDIDO EN LA DIRECTIVA (UE) 2021/2167, por Gemma Rubio Gimeno.....	147
1. Introducción: la Directiva (UE) 2021/2167 y su tardía transposición.....	148
2. El carácter dudoso del crédito cedido, su administración y la eventualidad de precarizar la posición deudora.....	151
2.1. La carga positiva de notificar la cesión y la carga negativa de no facilitar información engañosa, confusa o falsa.....	153
2.2. Vulnerabilidad del deudor consumidor e irrelevancia de la ausencia de asesoramiento jurídico: la carga de informar del juez de los derechos que asisten al consumidor.....	158
2.3. La inalterabilidad de la posición deudora.....	161
2.4. El contrato de administración de créditos y el contrato de externalización de las actividades de administración de créditos.....	163
3. La relación equitativa con el prestatario cedido.....	165
3.1. La actuación justa y profesional del prestamista y del administrador del crédito	165
3.2. Los términos de la comunicación con el prestatario: ni acoso, ni coacción ni influencia indebida	166
3.3. La atención a la especial vulnerabilidad económica del deudor cedido	168

	pág.
3.4. La renegociación de la deuda y la tolerancia razonable antes de ejecutar el crédito: una protección no homogénea del prestatario consumidor	171
3.4.1. De las medidas de renegociación de la deuda a la condonación parcial impuesta al acreedor.....	174
3.4.2. La carga de informar sobre el derecho al plan de pagos.....	176
4. La resolución extrajudicial de conflictos y la aplicación de la Directiva (UE) 2021/2167: la futura autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero.....	176
5. Conclusiones.....	179
6. Bibliografía.....	181

PARTE II.
LA SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO

EL DERECHO DE REPARACIÓN EN LA DIRECTIVA (UE) 2024/1799, DE 13 DE JUNIO DE 2024 Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONSUMO SOSTENIBLE,
por *Esther Torrelles Torrea*

1. Introducción.....	187
2. El fomento de la reparación de los bienes a través de la Directiva 2024/1799.....	191
2.1. Dificultades de la Directiva 2024/1799	191
2.2. La reparación de los bienes	193
3. El espacio en el que se ubica el derecho de reparación.....	194
3.1. La reparación dentro de la garantía legal.....	195
3.1.1. Breve alusión a la regulación actual del derecho de reparación en el ámbito de consumo	196
3.1.2. Novedades introducidas por la Directiva 2024/1799	199
3.2. La reparación fuera de la garantía legal	208
3.2.1. Régimen jurídico del derecho de reparación	209
3.2.2. La reparación realizada por tercero.....	215
3.2.3. Formulario Europeo de información sobre la reparación y su configuración como oferta de contrato	216
3.2.4. Creación de una plataforma europea de reparaciones	219

	pág.
4. Anteproyecto de Ley de consumo sostenible	219
5. Bibliografía	226
 MEDIR LA SOSTENIBILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UNA PERSPECTIVA DE DERECHO PRIVADO , por <i>Maria Cristina Gaeta</i>	
1. Una introducción sobre la sostenibilidad de la inteligencia artificial	229
2. Medir la sostenibilidad la inteligencia artificial: el rol de los factores ESG en la regulación de la sostenibilidad	232
3. Instrumentos preventivos de derecho privado para garantizar la sostenibilidad	241
4. Cómo promover el desarrollo de una inteligencia artificial sostenible para la protección de los derechos humanos	247
5. Bibliografía	250
 DEBERES INFORMATIVOS Y CONSUMO SOSTENIBLE: A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA <i>GREENWASHING</i> , por <i>Felisa María Corvo López</i>	
1. Introducción	253
2. <i>Greenwashing</i> : breve aproximación al concepto y algunos ejemplos	255
3. Deberes informativos	257
3.1. Deberes informativos relacionados con el blanqueo ecológico de bienes o servicios de consumo. Afirmaciones medioambientales y afirmaciones sociales	258
3.2. Deberes informativos relacionados con la obsolescencia de bienes y servicios de consumo, su durabilidad y reparabilidad	277
3.2.1. Deberes informativos <i>versus</i> competencia desleal	278
3.2.2. Deberes de información precontractual en el TRLGDCU	288
4. Conclusiones	293
5. Bibliografía	293
 VIEJAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE , por <i>Pedro del Pozo Carrascosa</i>	
1. Presentación: la maleabilidad y resiliencia de la enfiteusis	298

	pág.
2. El supuesto de hecho y la finalidad de la previsión contenida en la Ley de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas	299
3. El proceso legislativo de la Ley de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas	301
4. La función del censo enfiteútico. Aspectos generales	302
4.1. El denominador común: el censo como pensión periódica garantizada por la finca gravada	302
4.2. La enfiteusis como institución de conservación y mejora de fincas	303
4.2.1. Tradición y modernidad de la función.....	303
4.2.2. El punto de partida: el Derecho romano.....	304
4.2.3. Negación y posterior recuperación de la enfiteusis: Francia	306
4.2.4. La modernización de la enfiteusis: Québec y Bélgica	306
4.2.5. Cataluña	308
5. La función del censo del art. 22 LMU: como mecanismo de pago de una deuda anterior y como garantía real impropia	309
6. Régimen jurídico del censo enfiteútico del art. 22 LMU	311
6.1. La obligación garantizada	311
6.1.1. Elementos del supuesto de hecho.....	311
6.1.2. Carácter voluntario del nacimiento de la obligación de resarcimiento	312
6.1.3. Obligación sometida a condición suspensiva: la transmisión de la finca beneficiada por el FRU.	314
6.1.4. El importe de la obligación de resarcimiento y su concepto	316
6.1.5. El acreedor de la obligación de restitución es el municipio	317
6.2. Dinámica de la constitución del censo enfiteútico del art. 22 LMU.....	319
6.2.1. Carácter voluntario de la constitución del censo	319
6.2.2. Configuración como censo sometido a condición suspensiva	320
6.2.3. Configuración como precontrato de constitución de censo enfiteútico	321
6.2.4. Plazo para que tenga lugar el nacimiento del censo	321
6.2.5. El propietario que constituyó el gravamen nunca será el censatario definitivo.....	323
6.3. Publicidad registral del censo enfiteútico del art. 22 LMU.....	323

	pág.
6.4. La operatividad de la función de garantía	324
6.4.1. El censo enfitéutico como mecanismo de pago .	324
6.4.2. La redimibilidad del censo enfitéutico y el pago anticipado de la deuda.....	326
7. Reflexiones finales	328
8. Bibliografía.....	328

PARTE III.

LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

CONTRATOS DE CONSUMO, DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, por M. Esperança Ginebra Molins	333
1. La determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales: «conflictos internacionales» vs. «conflictos interregionales». La regla de <i>remisión directa</i> del Reglamento Roma I en caso de Estados plurilegislativos.....	334
2. «Conflictos internacionales» y ley aplicable a los «contratos de consumo».....	336
2.1. Los «contratos de consumo»: celebrados por un «consumidor» persona física para un uso ajeno a su actividad comercial o profesional	338
2.2. La ley aplicable a los «contratos de consumo»	343
2.2.1. Las reglas específicas de determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo en los que interviene un consumidor pasivo.....	343
2.2.2. Los «contratos de consumo» en los que interviene un consumidor activo	354
3. «Conflictos interregionales»: la falta de reglas específicas para determinar la ley aplicable a los «contratos de consumo»	358
3.1. Criterios generales: sumisión expresa y criterios subsidia- rios	358
3.2. Contratos relativos a bienes inmuebles	360
3.3. Compraventas de bienes muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles	360
4. Conclusiones.....	361
5. Bibliografía.....	363

	pág.
NOVEDADES EN LOS PROCESOS CON CONSUMIDORES A RAÍZ DE LA LO 1/2025 , por <i>Lluís Caballol Angelats</i>	367
1. Introducción	368
2. Medidas en materia de consumo con motivo del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2023	369
2.1. Generalización del control de oficio de cláusulas abusivas	369
2.2. Procedimiento testigo y de extensión de efectos de la sentencia firme (artículos 438 bis y 519 LEC).....	370
2.3. La ineficacia del pacto por el que los consumidores se obligan ante el empresario a interactuar por medios electrónicos ante la Administración de justicia.....	372
2.4. Sentencias recurribles en casación	372
2.5. Se establece un límite mínimo del tipo de subasta en la escritura de constitución de la hipoteca(art. 682.2.1º LEC).	373
2.6. Medidas cautelares de oficio durante la suspensión del proceso por cuestión prejudicial (art. 721.3 LEC).....	373
3. Novedades de la Ley Orgánica 1/2025.....	374
3.1. Intento de negociación previa y la reclamación extrajudicial previa en el nuevo sistema de procedibilidad	374
3.1.1. La Disposición adicional séptima: regla general de procedibilidad en litigios de consumo	375
3.1.2. Los arts. 439.5 y 439 bis LEC: especialidad reforzada en el ámbito hipotecario	377
3.2. Tasación de la condena en costas en favor del consumidor demandante (art. 32.5 LEC)	378
3.3. Límite mínimo del valor de adjudicación en la subasta de la vivienda habitual (art. 670.3 LEC)	381
4. Una no novedad de última hora. La caída del proyecto del proceso especial de acciones colectivas	382
5. Conclusión	383
6. Bibliografía	384
 EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONSUMO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO CIVIL , por <i>Marina Cedeño Hernán</i>	385
1. La labor pretoriana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la tutela procesal de los consumidores	386

	pág.
2. El incremento de los poderes de dirección del juez para proteger a los consumidores frente a cláusulas abusivas y su incidencia sobre los principios básicos del proceso civil	387
2.1. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas en la primera instancia	390
2.2. El control de oficio de cláusulas abusivas en la segunda instancia	392
2.3. La prueba de oficio	397
2.4. La adopción de medidas cautelares de oficio	401
3. El aumento de los poderes del juez para proteger a los consumidores cuando no están en juego cláusulas abusivas: un error y una rectificación del TJUE	403
4. A modo de conclusión	406
5. Bibliografía	407

LOS MASC EN LA LEY ORGÁNICA 1/2025: EN BUSCA DE LA EFICIENCIA OPERATIVA , por <i>Isabel Viola Demestre</i>	409
1. Introducción	409
2. Análisis y diagnóstico: ineficiencia	412
2.1. El tiempo de duración del proceso judicial	412
2.2. El coste	414
2.3. Eficiencia, eficiencia operativa, eficacia y efectividad	416
3. Tratamiento: exigir una actividad negociadora, a través de un MASC legal, antes de la interposición de la demanda	420
4. Modalidades de MASC: <i>numerus apertus</i> legal	423
4.1. Negociación	424
4.1.1. Directa de las partes	424
4.1.2. Por profesionales de la abogacía	425
4.1.3. Derecho colaborativo	426
4.2. Mediación	426
4.3. Conciliación	429
3.3.1. Conciliación pública	429
3.3.2. Conciliación privada	430
3.4. Opinión de persona experta independiente	430
3.5. Oferta vinculante confidencial	431
4. Reflexiones finales	432
5. Bibliografía	433

MODERACIÓN DE CONTENIDOS Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES: HACIA UNA NUEVA ARQUITECTURA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DIGITAL , por <i>Rosa Barceló Compte</i>		441
1.	Del consumidor al destinatario del servicio: ¿nuevo sujeto protegido en el Reglamento de servicios digitales?	442
2.	El consumidor digital y el mercado de las emociones	444
3.	Moderación de contenido y resolución extrajudicial de litigios	447
3.1.	Contenido ilícito y/o contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales.....	449
3.1.1.	El contenido ilícito.....	450
3.1.2.	El contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales	451
3.1.3.	El art. 14 del Reglamento: de la transparencia procedimental a la garantía ¿sustantiva? de derechos fundamentales	452
3.2.	La resolución extrajudicial del art. 21: qué y para qué.....	459
3.3.	La resolución alternativa de litigios en consumo: ¿hacia una diferenciación por tipo de conflicto?	463
4.	Reflexiones finales. Libertad de expresión: ¿de valor político a servicio para el consumidor?	466
5.	Bibliografía	467
 EL CONCEPTO DE «ÓRGANO JURISDICCIONAL» A LOS EFECTOS DE PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SU EXTENSIÓN A LOS ÓRGANOS ARBITRALES DE CONSUMO , por <i>Yaiza Moreno Castro</i>		471
1.	Introducción. La importancia de la cuestión prejudicial para el Derecho de consumo	472
2.	La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	474
2.1.	Objeto y competencia. Reformas recientes.....	474
2.2.	Legitimación	476
2.3.	La intervención de los Estados miembros en el proceso ..	478
3.	La evolución del concepto «órgano jurisdiccional» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Criterios de determinación	481
3.1.	Origen de los criterios. El caso Vaassen-Göbbels.....	482

	pág.
3.2. Criterios añadidos y omitidos tras <i>Vaassen-Göbbels</i> . El caso de los tribunales económico-administrativos españoles	483
3.3. Perspectiva funcional. El papel del arbitraje de consumo en el sistema de acceso a la justicia.....	486
4. Análisis de los criterios desde la perspectiva del arbitraje de consumo en España	489
4.1. Origen legal y carácter permanente	492
4.2. Jurisdicción obligatoria	493
4.3. Carácter contradictorio	498
4.4. Normas jurídicas	499
4.5. Independencia	501
5. Conclusiones	503
6. Bibliografía	504

EL ARBITRAJE DE CONSUMO, POTESTATIVO PARA LAS PERSONAS CONSUMIDORAS, OBLIGATORIO PARA LAS EMPRESAS: UNA NUEVA PROPUESTA LEGISLATIVA, por *Mariló Gramunt Fombuena*

507

1. El contexto: el incremento de los litigios de consumo y la sobrecarga de los juzgados y tribunales	508
2. El Sistema Arbitral de Consumo como propuesta para reducir la carga de los órganos judiciales	512
3. El modelo portugués	515
4. La eficacia del sistema arbitral de consumo	517
5. Nuestra propuesta de lege ferenda	517
5.1. La interpretación que el Tribunal Constitucional realiza del concepto de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española).....	517
5.2. La propuesta de arbitraje de consumo potestativo/obligatorio	520
5.3. ¿Cómo salvar la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva que hace el Tribunal Constitucional?	522
6. La financiación del sistema	525
7. A modo de conclusión: la propuesta de redacción de la modificación legislativa.....	526

PRESENTACIÓN

Las relaciones de consumo son en la actualidad mucho más complejas y heterogéneas que las que plantearon, en el momento inicial, la necesidad de una legislación civil especial de protección de las personas consumidoras. Han evolucionado, además, los paradigmas a partir de los cuales se debe regular en materia de Derecho contractual de consumo. Esos nuevos paradigmas o esos paradigmas evolucionados están aún en fase de caracterización y requieren, complementariamente, una depurada técnica legislativa que supere la abigarrada composición legislativa actual.

Los tres paradigmas clave a tener necesariamente en cuenta en la reformulación del Derecho contractual de consumo son la vulnerabilidad, la sostenibilidad y la efectividad, esta última entendida como la posibilidad de acudir a vías efectivas de resolución de conflictos.

Así, en cuanto al tratamiento de las situaciones de vulnerabilidad, debe lograrse que la protección dispensada sea particularizada y que atienda a una real asimetría negocial, adaptándose, además, al tipo de mercado en el que se desarrolla la contratación de consumo, que puede incorporar una singular vulnerabilidad estructural, como sucede en la contratación en el entorno digital. Ello se logra mediante previsiones legislativas que atiendan a situaciones *ad hoc* de fragilidad negocial y con una regulación sectorial en la que la protección del consumidor ponga el foco en los elementos que debilitan, en ese particular contexto, la posición de este. En cuanto a la sostenibilidad, el paradigma que ha regido hasta ahora la regulación de los derechos del consumidor en materia de conformidad se ha basado fundamentalmente en una evaluación de costes económicos y en el reconocimiento de un alto nivel de protección de las personas consumidoras. También dichos costes han condicionado las decisiones empresariales en la fabricación y comercialización de bienes y han derivado en su pronta transformación en residuos. El cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible

(ODS) impone un cambio de concepción, de modo que las consideraciones de sostenibilidad ambiental se alineen a las consideraciones económicas o tiendan, incluso, a primar sobre ellas. Ello exige un cambio en los sistemas de fabricación de bienes, pero también un reequilibrio de los derechos concedidos a los consumidores que, globalmente, no pierdan umbral de protección, aunque sí puedan limitarse desde una perspectiva singular o aislada. Implica además a las empresas para lograr una adecuada información precontractual relativa a las cualidades de los bienes y servicios comercializados en lo que atañe a su impacto medioambiental. Finalmente, la protección no debe limitarse al plano sustantivo y debe garantizarse que las personas consumidoras puedan realizar sus derechos cuando el empresario dificulte esa realización. Ello concierne particularmente a los medios alternativos de resolución de conflictos, sobre todo cuando den lugar a resoluciones vinculantes, pero también en los demás supuestos, y apela a las facultades del juez en los procedimientos en los que intervengan personas consumidoras.

La obra que presentamos se dedica al estudio de determinados aspectos de cada uno de esos tres paradigmas y las diecisiete contribuciones se distribuyen en sendos bloques temáticos. El trabajo forma parte de las actividades de la Cátedra Universidad de Barcelona-Agencia catalana del consumo sobre «Estudios de consumo y resolución alternativa de litigios» y de la ejecución del Proyecto *Generación de conocimiento* «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo».

El primer bloque de la monografía, destinado a tratar aspectos de la vulnerabilidad en la contratación de consumo, incluye seis capítulos. El primero de ellos, a cargo del Dr. Antoni Mut, se aproxima de un modo general a la categoría de consumidor vulnerable, analizándola en el período comprendido entre 2009 y 2025. En él se constata que el uso un tanto indiscriminado de la figura ha dado lugar a una delimitación ambigua y difícil. El estudio tiene en cuenta dos dimensiones de la vulnerabilidad, la económica y la informativa y aborda la protección general y sectorial del consumidor vulnerable. Las siguientes contribuciones del primer bloque atienden a la protección concreta del consumidor en consideración a una determinada condición que lo hace vulnerable o en determinados contextos de contratación que fragilizan su posición contractual. Así, la Dra. Inmaculada Vivas examina supuestos de discriminación en la contratación privada por razones de raza, religión, género, salud o discapacidad, destacando la necesidad de una ponderación casuística y analizando el marco normativo europeo a partir de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE que, si bien ha impulsado la igualdad en el acceso a bienes y servicios, carece de una implementación práctica suficiente. La Dra. Carla Solinas aborda la vulnerabilidad en el sector eléctrico a partir de la liberalización del sector. Incide en la ausencia de una definición general de vulnerabilidad en este ámbito y

describe las medidas de protección previstas por el ordenamiento italiano. A su vez, plantea el reto de implicar al consumidor vulnerable como agente activo del mercado eléctrico. La Dra. María Dolores Hernández examina la vulnerabilidad de los consumidores en el entorno digital, destacando que se trata de una vulnerabilidad dinámica y transversal que puede afectar a cualquier persona en algún momento. La contribución parte de la necesidad de promover una transformación digital que se centre en las personas y advierte de los peligros de la IA en cuanto a la explotación de las vulnerabilidades de los usuarios.

La Dra. Miriam Anderson y la Dra. Gemma Rubio completan el primer bloque de la obra con sendas aportaciones relativas a la vulnerabilidad en el sector financiero. La Dra. Anderson parte de la situación de desventaja en la que se halla el consumidor de servicios financieros dada la complejidad de los productos comercializados y la dependencia del crédito; la digitalización y la IA añaden nuevos riesgos en este contexto. Se adentra en las dificultades de una financiación basada en criterios de sostenibilidad y analiza la iniciativa de la Federación hipotecaria europea conocida como EEMI (*Energy Efficient Mortgages Initiative*). La autora plantea la cuestión de si la eficiencia energética del inmueble debe ser un factor a valorar en la actividad de evaluación de la solvencia y se muestra crítica con la correlación negativa entre hipotecas verdes y riesgo de morosidad, señalando que esa correlación se justifica porque la contratación favorece a quien tiene más recursos. Por su parte, la Dra. Gemma Rubio cierra el bloque mediante el análisis de la Directiva 2021/2167 (Directiva NPL) sobre administradores y compradores de créditos dudosos, orientada a crear un mercado transparente y competitivo de venta de este tipo de créditos. Su estudio pone el foco en la protección del deudor cedido y en las opciones de renegociación de la deuda que se le brindan a partir de la modificación de las Directivas de crédito al consumo y de crédito inmobiliario. Se constata que, distanciándose de la indicación europea, la protección del deudor en el Proyecto de ley español para la tardía transposición de la Directiva no se intensifica en caso de que el crédito esté garantizado mediante hipoteca y sí, en cambio, si lo cedido es un crédito al consumo. A su vez, se toma en consideración la especial importancia de la efectividad de los derechos cuando se trata de proteger a las personas vulnerables, destacando el papel que en la resolución extrajudicial de conflictos puede jugar la futura Autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero.

En el segundo bloque de la publicación, centrado en la necesaria revisión de la normativa de consumo basada u orientada a las exigencias de la sostenibilidad, se analizan las recientes Directivas 2024/825 y 2024/1799 y se suscita la necesidad de medir la sostenibilidad de la IA; a su vez, se destaca el papel que pueden jugar instituciones tradicionales del derecho privado en el cumplimiento de esas exigencias. En

la primera de las contribuciones de este bloque, la Dra. Esther Torrelles se detiene en los aspectos clave de la Directiva 2024/1799 para lograr que la reparación del bien resulte más fácil y atractiva que su sustitución. Tiene en cuenta las dificultades que ese objetivo acarrea, como lo son la cultura europea tendente a la sustitución de los bienes, el coste elevado de las reparaciones y la escasez de profesionales. Pone de relieve la complejidad del texto a raíz de las excepciones que contempla y distingue las novedades introducidas en materia de conformidad con el contrato cuando se aplica la garantía legal del régimen de las reparaciones fuera de garantía, destacando la futura creación de la plataforma europea de reparaciones y la implementación del formulario europeo de información sobre la reparación, que conlleva una oferta vinculante para el empresario. Por su parte, la Dra. Felisa María Corvo, en su examen de la Directiva 2024/825, realiza un pormenorizado estudio de los deberes informativos que corresponden al empresario. Esos deberes se orientan al cumplimiento de las finalidades de la Directiva para proteger a los consumidores frente a prácticas desleales con el objetivo de garantizar la toma de decisiones para el consumo responsable sobre la base de una información fiable; se pretende, además, combatir la obsolescencia prematura de los bienes incidiendo en la información sobre la durabilidad y la reparabilidad de los mismos. La autora valora positivamente la reforma, si bien señala que su efectividad dependerá, en buena medida, del desarrollo de las herramientas técnico-legales necesarias para su aplicación. En estas dos primeras contribuciones del segundo bloque se realiza una aproximación al Anteproyecto de Consumo sostenible.

La Dra. M. Cristina Gaeta plantea en su contribución la necesidad de una IA sostenible, esto es, que de ella se haga un uso ético y responsable y que constituya una herramienta para lograr objetivos sostenibles. Deben analizarse las tres dimensiones de la sostenibilidad: la ambiental, la social y la económica. La autora subraya el papel que deben cumplir los factores ESG (Environmental, Social, Governance) como herramienta clave para evaluar la sostenibilidad empresarial de la IA a partir de los conceptos de equidad intrageneracional e intergeneracional. Completa su estudio incidiendo en la necesidad de instrumentos preventivos de Derecho privado para garantizar la sostenibilidad de la IA, evolucionando de la responsabilidad social corporativa de las empresas (RSC) a su responsabilidad digital corporativa (RDC). El Dr. Pedro del Pozo cierra este segundo bloque mediante el estudio del censo enfitéutico en la previsión introducida por la Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas. Destaca el carácter innovador y útil de la reforma pese a que hubiese sido conveniente una regulación más completa. Sugiere el interés de extrapolar la solución que incorpora la norma a otras políticas públicas e incide en la bondad de la propuesta al revitalizar una

institución, la de la enfiteusis, que, en el contexto empleado, evita la especulación, recupera la inversión pública y fomenta la sostenibilidad. La reforma pone de manifiesto, además, la maleabilidad de las instituciones clásicas del derecho privado para dar respuesta a retos actuales.

Finalmente, el tercer bloque de la obra, destinado a la efectividad de los derechos de los consumidores, incluye siete contribuciones orientadas, en su mayoría, a dimensionar la protección procedimental de esos derechos. Complementariamente, en el primero de los capítulos de esta parte, la Dra. M. Esperança Ginebra examina la relevancia de las normas de determinación de la ley aplicable a los efectos de garantizar la protección de las personas consumidoras. En este sentido, en cuanto a los conflictos internacionales, el Reglamento Roma I presta una especial atención a los contratos en los que interviene un consumidor *pasivo*. En cambio, por lo que respecta a los conflictos interregionales, las reglas para resolverlos, contenidas en el Cc, no contienen ninguna referencia específica a los contratos concluidos por consumidores.

La Dra. Marina Cedeño analiza la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en el proceso civil y destaca que dicha jurisprudencia obliga al juez nacional a desarrollar un papel activo en el procedimiento, más allá de los litigios en materia de cláusulas abusivas y ello para reequilibrar la desigualdad estructural en la que se encuentra el consumidor.

Las contribuciones del Dr. Lluís Caballol y de la Dra. Isabel Viola se centran en el examen de las novedades de la Ley Orgánica 1/2025, de eficiencia del servicio público de justicia, en lo que atañe a las controversias que impliquen a personas consumidoras y en lo relativo al empleo de los MASC. El Dr. Lluís Caballol, tras examinar las novedades en materia de consumo anteriores —destacadamente la generalización del control de oficio de las cláusulas abusivas y el establecimiento de un límite mínimo del tipo de subasta en la escritura de constitución de la hipoteca— y posteriores —en particular, la regla de procedibilidad en los litigios de consumo y la especialidad reforzada en el ámbito hipotecario— a la nueva Ley, concluye que las reformas son reactivas y fragmentarias. La Dra. Isabel Viola analiza en su capítulo el papel de los MASC en la resolución eficiente y operativa de conflictos, por más que la LO 1/2025 haya excluido el presupuesto de procedibilidad en las reclamaciones de consumo. La autora se detiene en el examen de cada una de las modalidades mencionadas en la ley que las prevé mediante una relación de *numerus apertus*: negociación, derecho colaborativo, mediación, conciliación, opinión de persona experta independiente y oferta vinculante confidencial, destacando la actividad de triaje que deberá desarrollarse para determinar cuál es el MASC más idóneo en cada tipo de conflicto.

En el siguiente capítulo, la Dra. Rosa Barceló aborda el tratamiento de un nuevo tipo de conflictos que han surgido en el entorno digital a raíz de las interacciones desarrolladas mediante las plataformas de intermediación en línea; la autora se detiene en el examen de las facultades de moderación de contenidos ilícitos que el Reglamento 2022/2065 de Servicios digitales atribuye a las plataformas y en el impacto que el ejercicio de esas facultades pueda tener en la vulneración de los derechos fundamentales de los usuarios. A continuación, la contribución de la Profa. Yaiza Moreno, que pone de relieve el papel decisivo que juegan las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la consecución de una interpretación uniforme del Derecho de la Unión. La autora suscita la problemática relativa al concepto de órgano jurisdiccional a los efectos de atribuir la legitimación para plantear dichas cuestiones y de determinar si los órganos arbitrales de consumo pueden subsumirse en él. Para ello analiza qué criterios son determinantes en la definición del concepto de órgano jurisdiccional —que no está definido normativamente— y plantea la necesidad de que el TJUE adopte un criterio flexible y funcional. Este tercer bloque se cierra con una relevante propuesta, a cargo de la Dra. Mariló Gramunt, para implementar un sistema de arbitraje de consumo obligatorio para las empresas y potestativo para los consumidores que haría verdaderamente efectiva la protección de estos en cuanto a la contratación de servicios básicos y que, según los términos de dicha propuesta, resultaría conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Concluimos esta presentación destacando que la redacción de la monografía estuvo precedida por la celebración de las Jornadas que, bajo el mismo título que la obra, tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 24 y 25 de abril de 2025. En su desarrollo, se contó con la participación de agentes del mercado y de profesionales de la administración que, sin duda, enriquecieron el debate en torno a las aportaciones científicas. Su celebración fue posible gracias, en gran medida, al valioso apoyo de distintas instituciones, entre ellas, el Colegio Notarial de Cataluña y la Agencia Catalana del Consumo, ambas en su condición de entes promotores/observadores del proyecto de investigación mencionado al inicio y que mostraron, una vez más, su firme implicación en las iniciativas científicas que impulsan el avance del derecho de consumo.

Los trabajos desarrollados en las citadas Jornadas y en la presente obra han de tener continuidad en nuevos encuentros y resultados científicos que aborden por separado cada una de las tres dimensiones o aproximaciones al derecho contractual de consumo que hemos agrupado en este trabajo y ello con el fin de hacer avanzar en la dirección adecuada la protección de las personas consumidoras, impulsando las reformas legales necesarias para ello. Las coordinadoras de esta obra, compañeras de profesión y unidas por una fuerte amistad que se prolon-

ga desde hace ya más de treinta años, seguiremos comprometidas, con nuestra particular forma de hacer universidad, en ese empeño, contando con la colaboración esencial del resto de miembros del equipo de investigación y con el soporte de las instituciones que nos dan su apoyo.

Barcelona, 22 de octubre de 2025

Mariló GRAMUNT FOMBUENA

Profesora Titular de Derecho Civil UB

Presidenta de la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña

Gemma RUBIO GIMENO

Profesora Agregada de Derecho Civil UB

PARTE I.
LA VULNERABILIDAD
EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 31-52
DOI: 10.37417/VSECC/01
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL CONSUMIDOR VULNERABLE: UNA CATEGORÍA POR DELIMITAR

Antoni MUT-PIÑA
Profesor Ayudante Doctor
Departamento de Economía de la Empresa
Universidad de las Islas Baleares (UIB)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VULNERABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 2.1 La protección frente a prácticas comerciales desleales: consumidores especialmente vulnerables; 2.2 El bono social eléctrico: vulnerabilidad y equilibrio contractual; 2.3 El deudor hipotecario en situación de exclusión: límites a los intereses moratorios; 2.4 Suspensión de lanzamientos hipotecarios: protección de colectivos especialmente vulnerables; 2.5 Inclusión financiera y cuentas de pago básicas: protección frente a la exclusión; 2.6 Vulnerabilidad habitacional y crisis sanitaria: medidas excepcionales frente al desahucio; 2.7 Vulnerabilidad en la legislación general de consumo: definición legal y estándares de protección; 2.8 Vulnerabilidad y derecho a la vivienda.— 3. LA CONSTRUCCIÓN HETEROGÉNEA DEL CONSUMIDOR VULNERABLE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.— 4. IMPULSO NORMATIVO: ENTRE LA REACCIÓN LEGISLATIVA Y EL CAMBIO DE PARADIGMA.— 5. CONCLUSIONES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN¹

Durante el periodo comprendido entre 2009 y 2025, el legislador ha incorporado al ordenamiento una multitud de términos con equivalencia

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de generación de conocimiento de la Agencia Estatal de Investigación: Consumidor, Vulnerabilidad y Vivienda Sostenible. Referencia administrativa: PID2021-125149NB-100.

semántica, tales como: «vulnerabilidad económica»², «consumidor en situación de vulnerabilidad»³, «persona en riesgo de exclusión social»⁴, «consumidor en el umbral de exclusión»⁵ o «vulnerabilidad severa»⁶, entre otros.

La regulación de las relaciones contractuales de consumo no ha permanecido ajena a dicha tendencia. De hecho, la incorporación a esta de una imagen del consumidor «vulnerable» confirma la aceptación, por parte del legislador, de las inconsistencias inherentes a la figura del consumidor medio⁷ y la necesidad de dar cabida a una concepción más flexible y realista del mismo.

No obstante, el uso indiscriminado de esta terminología, junto con su aplicación a una amplia variedad de contextos y situaciones dispares, ha desdibujado la figura del consumidor vulnerable, convirtiéndola en una categoría ambigua y difícil de delimitar⁸.

El presente capítulo tiene por objetivo estudiar el fenómeno de la regulación de la vulnerabilidad en el ordenamiento jurídico español. Es decir, ofrecer un análisis de (1) la delimitación, (2) el contexto y, finalmente, (3) las motivaciones del fenómeno en cada ocasión en que el legislador opta por hacer uso de dicha categoría, con el propósito de contribuir a su comprensión jurídica y política.

En concreto, se analizará la introducción de la figura del consumidor vulnerable en la regulación de las relaciones contractuales de consumo. En este sentido, el estudio se limita a aquellas medidas que

² Véase, por ejemplo, el Art. 1.1 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 60, de 10 de marzo de 2012, pp. 22492-22501.

³ Véase, por ejemplo, el Art. 3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 242, de 7 de octubre de 2017, pp. 97743-97775.

⁴ Véase, por ejemplo, el Art. 2 Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 80, de 3 de abril de 2019, pp. 34468-34474.

⁵ Véase, por ejemplo, el Art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 116, de 15 de mayo de 2013, pp. 39084-39100.

⁶ Véase, por ejemplo, el Art. 4 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 242, de 7 de octubre de 2017, pp. 97743-97775. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/10/06/897>.

⁷ Véase, en este sentido, M. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *Consumidor vulnerable*, Madrid, Editorial Reus, 2018.

⁸ J. GARCÍA, *Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad*, en GUAYO CASTIELLA, I. y FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. (eds.), *Los desafíos del derecho público en el siglo xxi: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, pp. 39-62.

alteran el equilibrio obligacional entre sujetos. En este sentido, para poder considerar una medida como tendente a paliar la problemática de la vulnerabilidad contractual, deberán cumplirse dos condiciones: en primer lugar, que exista una relación contractual previa para la aplicación de la medida; y, en segundo lugar, que el coste de esta se imponga a una de las partes y, en consecuencia, se altere el citado equilibrio contractual de mercado.

Cabe señalar, asimismo, que, si bien el trabajo se circunscribe al ordenamiento jurídico español, la Unión Europea ha jugado un papel clave en el desarrollo de esta figura. Por ello, las referencias al Derecho comunitario resultan necesarias. El análisis se realizará de forma cronológica y comprenderá el periodo que va desde 2009 hasta 2025.

El capítulo se organiza de la siguiente manera: en primer lugar, se examinan las disposiciones del ordenamiento jurídico español que incorporan medidas orientadas a mitigar los efectos adversos derivados de situaciones o condiciones de vulnerabilidad (delimitación); en segundo lugar, se presenta una taxonomía sobre el tratamiento de dicha vulnerabilidad en el ámbito de las relaciones de consumo (contexto); por último, se analiza el impulso legislativo que ha motivado estas iniciativas (motivaciones).

2. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VULNERABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La presente sección tiene por objeto examinar las distintas medidas normativas que el legislador español ha adoptado para proteger a los consumidores en situación de vulnerabilidad dentro del marco de las relaciones contractuales de consumo. A través de un análisis detallado de las disposiciones legales vigentes entre 2009 y 2025, se pretende identificar los mecanismos jurídicos que alteran el equilibrio obligacional entre las partes, con el fin de mitigar los efectos adversos derivados de condiciones personales, sociales o económicas que colocan al consumidor en una posición de desventaja. Como se ha indicado en la introducción, el estudio se centra exclusivamente en aquellas medidas que, además de requerir la existencia de una relación contractual previa, imponen un coste a una de las partes, modificando así el equilibrio contractual de mercado.

2.1. La protección frente a prácticas comerciales desleales: consumidores especialmente vulnerables

El Art. 1 de la Ley 29/2009, que transpone el Art. 5.3 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, establece que «las prácticas

comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, sean susceptibles de distorsionar de forma significativa el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas, o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, tener afectada su capacidad de comprensión, o por su edad o credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo».

La norma desplaza al arquetipo paradigmático del consumidor medio consolidado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹, que, hasta el momento, servía de imagen única del consumidor como sujeto de las políticas de tuición comunitaria¹⁰.

En este sentido, de acuerdo con el tenor literal de la disposición, las prácticas comerciales destinadas a grupos de consumidores claramente identificables como vulnerables deberán ser evaluadas desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Tanto la directiva, como su transposición, parten de un concepto de vulnerabilidad suscrito únicamente a condiciones endógenas y de corte estático¹¹. De hecho, tanto los considerandos 18 y 19 como el propio Art. 5.3 únicamente asocian la vulnerabilidad a factores personales (edad, padecer alguna dolencia física o mental y un alto nivel de credulidad).

La disposición pretende proteger el comportamiento económico de tales consumidores ante posibles distorsiones razonablemente previsibles por el comerciante. En un sentido económico, la distorsión equivale a la realización de actos de consumo que no maximicen su utilidad, y el grado de vulnerabilidad, por ende, se vincula principalmente con la habilidad que el consumidor tiene de procesar y utilizar racionalmente la información comercial que el empresario transmite al mercado.

De este modo, se considera vulnerable a aquel grupo de consumidores que, por la concurrencia común de características personales o situacionales, vea distorsionada la racionalidad de sus decisiones económicas como consecuencia de una práctica comercial. No se trata de una vulnerabilidad reconocida automáticamente a grupos concretos de consumidores, sino más bien de una vulnerabilidad circunstancial, que deberá valorarse a tenor de la naturaleza y características de la

⁹ P. CARTWRIGHT, *The vulnerable consumer of financial services: law, policy and regulation*, Nottingham, University of Nottingham, 2011.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, Gut Springenheide GmbH y Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt,

¹¹ Para un análisis más detallado sobre la cuestión, puede consultarse: H.-W. MICKLITZ, «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», en REICH, N., MICKLITZ, H.-W., ROTT, P. y TONNER, K. (eds.), *European Consumer Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 67-122. En cuanto a las novedades jurisprudenciales más recientes, resulta especialmente relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2024, *Compass Banca SpA contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)*, asunto C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957.

práctica comercial concreta. Se deberá considerar el caso concreto y deberá existir la posibilidad de que el empresario prevea dicha distorsión conductual. En otras palabras, la credulidad inherente a la condición de consumidor infantil no imprime un deber de protección a los empresarios con relación a la totalidad de sus comunicaciones comerciales, sino simplemente con aquellas cuyo público sea precisamente dicho grupo.

Por lo tanto, nos encontramos ante una doble abstracción en lo que a la parametrización del consumidor vulnerable se refiere. Primero, porque un consumidor será vulnerable no por criterios de delimitación estrictos sino por la facilidad que el empresario tenga de distorsionar su racionalidad económica. Segundo, porque se deberá considerar la práctica comercial concreta, lo que impide instrumentalizar *a priori* el grado de vulnerabilidad.

2.2. El bono social eléctrico: vulnerabilidad y equilibrio contractual

El bono social eléctrico es un mecanismo de descuento sobre la factura eléctrica cuya cuantía viene determinada por el Gobierno y que se aplica sobre el Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor. Se puso en marcha el 1 de julio de 2009.

Esta medida, a su vez, respondía al mandato impuesto mediante la aprobación de la Directiva 2009/72/CE¹², de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, posteriormente derogada por la Directiva (UE) 2019/944¹³, en la que se instaba a los Estados miembros a implementar medidas en favor de los consumidores más vulnerables¹⁴.

Desde su aprobación hasta ahora, la medida ha experimentado cambios significativos. Durante sus primeros años de funcionamiento (2009-2014), consistía en una rebaja destinada a cubrir la diferencia entre las Tarifas de Último Recurso¹⁵ y el valor base correspondiente a la tarifa vigente en aquel momento. Posteriormente, se adoptó su for-

¹² Véase la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 211, de 14 de agosto de 2009, pp. 55-93.

¹³ Véase la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 158, de 14 de junio de 2019, pp. 125-199.

¹⁴ Véase G. ÁLVAREZ, «Pobreza energética: claves para entenderla en el contexto de la crisis energética europea», *Papeles de Economía Española*, núm. 36, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), 2021, pp. 65-77.

¹⁵ Actualmente denominado Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor (PVPC).

ma actual, basada en la aplicación de un descuento fijo sobre el precio final, determinado por el PVPC. Dicho descuento será considerado una obligación de servicio público y que será asumido, de acuerdo con el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, por los suministradores de energía eléctrica, incluyendo la producción, el transporte y la comercialización, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Asimismo, el Real Decreto 897/2017¹⁶ contiene, en su art. 5, varios deberes de información en favor de aquellos consumidores que, cumpliendo las condiciones para ser considerados vulnerables, tengan la posibilidad o muestren interés por modificar su régimen contractual. De este modo, la empresa comercializadora debe informar al consumidor sobre: (1) la posibilidad de acogerse al PVPC y solicitar el bono social si se requiere pago; (2) la pérdida de aplicabilidad del bono si suscribe un contrato en el mercado libre; y, (3) la necesidad de contratar con un comercializador de referencia para acogerse al PVPC.

De la delimitación subjetiva del consumidor, se encarga el Real Decreto 897/2017, Arts. 3.2 y 3.4 (consumidor vulnerable y consumidor vulnerable severo, respectivamente). En este sentido, la norma recurre a parámetros objetivos para establecer la condición de vulnerabilidad: una renta inferior a determinados umbrales, formar parte de una familia numerosa, ser pensionista por jubilación o incapacitación, o ser víctima de terrorismo o violencia de género.

2.3. El deudor hipotecario en situación de exclusión: límites a los intereses moratorios

El Art. 4 del Real Decreto-ley 6/2012¹⁷ determina que, en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del Código de Buenas Prácticas y acredite dicha circunstancia será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por 100¹⁸.

¹⁶ Véase el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 242, de 7 de octubre de 2017, pp. 97743-97775. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/10/06/897>.

¹⁷ Véase el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 60, de 10 de marzo de 2012, pp. 22492-22501. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/03/09/6/con>.

¹⁸ Cabe indicar que el porcentaje actual difiere del inicialmente previsto en el Real Decreto-ley, a tenor de la modificación realizada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (2013). *Boletín Oficial del Estado*, núm. 116, 36373-36398. En este sentido, si bien en

El Real Decreto-ley prevé, por tanto, una limitación de los intereses de demora¹⁹ para todos los contratos de crédito o préstamo hipotecario, siempre que el consumidor se encuentre en situación de vulnerabilidad (deudor situado en el umbral de exclusión)²⁰. El Art. 3 del Real Decreto-ley 6/2012 introduce el concepto de consumidor en el umbral de exclusión. En este sentido, se considera en esta situación a quien cumpla criterios tales como: renta inferior a tres veces el IPREM, discapacidad, familia numerosa o monoparental, presencia de menores en el hogar, víctimas de violencia de género o mayores de sesenta años.

2.4. Suspensión de lanzamientos hipotecarios: protección de colectivos especialmente vulnerables

La Ley 1/2013²¹ se promulgó con la voluntad de abordar las problemáticas habitacionales surgidas durante la crisis financiera iniciada en 2007. Durante este periodo, los impagos en los créditos hipotecarios destinados a la compra de vivienda registraron un importante aumento, en gran medida como consecuencia del retroceso en las tasas de ocupación y de la sobrecarga financiera a la que multitud de familias se sometieron con anterioridad al estallido de la burbuja inmobiliaria.

Con el objetivo de mitigar los efectos asociados a esta problemática social, la norma introdujo la posibilidad de suspender lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. Esta medida, de carácter excepcional y temporal²², se aplicaría a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial que resultase en la adjudicación de la vivienda habitual de personas pertenecientes a estos colectivos.

la redacción actual los intereses no pueden ser superiores al resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por 100, en la versión originaria este porcentaje ascendía al 2.5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo

¹⁹ Los intereses moratorios, a diferencia del interés remuneratorio, constituyen una indemnización derivada del incumplimiento del deudor constituido en mora, cuya legalidad se encuentra avalada por el Art. 1108 del Código Civil. Se trata, en este sentido, de una norma imperativa, por lo que debe imponerse al contenido normativo del contrato.

²⁰ Para un análisis en mayor profundidad de la delimitación subjetiva del Real Decreto-ley, véase, M. T. A. PÉREZ, «El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares», en *Revista de Derecho civil*, núm. 2(2), 2015, pp. 31-67.

²¹ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 116, de 15 de mayo de 2013, pp. 39084–39100. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/05/14/1/con>.

²² Inicialmente, esta medida tenía un periodo de vigencia fijado en dos años. Sin embargo, los Reales Decretos-ley 1/2015, 5/2017 y 6/2020 han prorrogado su aplicación, alargando su vigencia hasta el año 2024.

La obligación garantizada con la vivienda objeto de la ejecución debe ser un préstamo o crédito concedido para la adquisición de esta, y la medida solo afecta a los procesos de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial. Al mismo tiempo, el bien del deudor que se protege del lanzamiento es únicamente su vivienda habitual. La disposición concede al deudor el derecho a continuar haciendo uso de la vivienda sin coste, por un lapso determinado de tiempo²³. La condición de vulnerabilidad se encuentra establecida en el Art. 1.2 y se define con criterios similares a los establecidos en el Real Decreto-ley 6/2012.

2.5. Inclusión financiera y cuentas de pago básicas: protección frente a la exclusión

La Directiva 2014/92/UE²⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, estableció el derecho de acceso general de toda persona a una cuenta de pago básica. La Directiva impulsó que los Estados miembros exigieran a las entidades de crédito la aplicación de condiciones más ventajosas para los consumidores vulnerables, como medida de promoción de la inclusión social dentro del mercado de productos financieros.

El Art. 2 del Real Decreto 164/2019²⁵ se encargó de transponer la citada Directiva e impide que las entidades de crédito exijan la comisión establecida en el Art. 4.2 de la Orden ECE/228/2019²⁶, de 28 de febrero, por la prestación de los servicios señalados en dicho apartado y con los límites previstos en el mismo, cuando todos los titulares y autorizados de una cuenta de pago básica se encuentren en situación de especial vulnerabilidad o en riesgo de exclusión financiera. Para determinar si un consumidor se halla o no en riesgo de exclusión financiera debemos acudir al artículo 3 del Real Decreto. En este, se establece una

²³ Puesto que en ningún momento se establece el título en virtud del cual el deudor hipotecario mantendrá la posesión de su vivienda habitual, debemos entender, siguiendo de nuevo a Iglesias, que lo hará en concepto de precario. Así pues, de acuerdo con el Art. 1743 del Código Civil, el deudor, como precarista-comodatario, está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa prestada, por lo que el coste se carga, nuevamente, al empresario.

²⁴ Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 257, de 28 de agosto de 2014, pp. 214-246.

²⁵ Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 80, de 3 de abril de 2019, pp. 34468-34474.

²⁶ Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 5 de marzo de 2019, pp. 21041-21051.

serie de criterios asociados a los ingresos (Art. 3.1 a) o a la titularidad de bienes inmuebles o sociedades mercantiles (Art. 3.1 b).

2.6. Vulnerabilidad habitacional y crisis sanitaria: medidas excepcionales frente al desahucio

El Real Decreto-ley 11/2020²⁷ adoptó un paquete de medidas de carácter social que pretendía responder a «la situación de vulnerabilidad en que incurran los arrendatarios de vivienda habitual como consecuencia de circunstancias sobrevenidas debidas a la crisis sanitaria del COVID-19». El legislador optó por establecer, entre otras medidas, la suspensión de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional.

Así, de acuerdo con su artículo primero, en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o sobre la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que pretendan recuperar la posesión de la finca, la persona arrendataria podrá instar un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el juzgado, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva. Si bien, originalmente, dicha medida tenía un periodo de vigencia acotado a la declaración del estado de alarma, actualmente se encuentra en vigor hasta el 31 de diciembre de 2025²⁸.

El Art. 5 del Real Decreto-ley 11/2020 establece los criterios que deben considerarse para determinar si un arrendatario se encuentra en situación de vulnerabilidad a efectos de la presente regulación. En este contexto, se consideran vulnerables aquellas personas que se hallen en situación de desempleo, afectadas por un ERTE, con reducción de jornada, que tengan hijos a cargo, sean mayores de 65 años, formen parte de familias monoparentales o presenten alguna discapacidad, siempre que se cumplan determinados umbrales de renta. Asimismo, el precio del bien arrendado se valora como un factor que puede agravar la situación económica del arrendatario.

²⁷ Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 91, de 1 de abril de 2020.

²⁸ Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 25, de 29 de enero de 2025.

2.7. Vulnerabilidad en la legislación general de consumo: definición legal y estándares de protección

El Art. 1º de la Ley 4/2022²⁹ 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 1/2007³⁰, de 16 de noviembre, incorporando al mismo la definición de consumidor vulnerable.

En primer lugar, se reformula el apartado 2º del Art. 20 del TRLGD-CU relativo a la información de la oferta comercial. Incorporando que la información necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato que garantice su accesibilidad, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

También se incorpora un segundo párrafo al apartado 1 y se modifica el apartado 4 del Art. 60. Así, la norma establece que, sin perjuicio de la normativa sectorial aplicada, los términos de suministro de información precontractual, principalmente cuando se trate de consumidores vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando la asistencia necesaria para asegurar su adecuada comprensión y permitiendo la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

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 (Art. 1º, mediante el cual se modifica el Art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Este razonamiento parece encontrar cabida en el breve recorrido jurisprudencial de la Ley 4/2022. Así, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Navarra, de 30 de septiembre de 2022³¹, se

²⁹ Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 51, 2022, pp. 23787-23817.

³⁰ 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, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 287, 2007.

³¹ Juzgado de Primera Instancia de Navarra (Sección 7.ª), Sentencia núm. 1675/2022, de 30 de septiembre de 2022.

deniega la consideración de vulnerabilidad por «no probarse de forma alguna que sea una persona que no pueda comprender los términos y condiciones de las escrituras si debidamente explicadas y una vez recibida la información que la entidad está obligada a proporcionar», a pesar de ser perceptor de una pensión no contributiva, ingreso mínimo vital y no tener trabajo.

En un mismo sentido, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 18 de octubre de 2023³², se establece que no puede considerarse como consumidora vulnerable por no quedar acreditado déficit intelectual alguno que le impida entender lo que expresa una cláusula, inserta en un contrato convenientemente firmado por ella, ni tampoco para entender el contenido del préstamo que otorgó para financiar el pago del precio, ni el momento en que lo hizo.

A contrario sensu, tanto la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 18 de septiembre de 2023³³, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de octubre de 2022³⁴, establecen que la edad, sin otros aditamentos, no basta para considerar a un consumidor como vulnerable. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Oviedo, en su sentencia de 19 de mayo de 2022³⁵, tiene a bien considerar la vulnerabilidad, a efectos de evaluar las obligaciones de información del empresario, por el hecho de que el consumidor tenga cierta edad, viva solo, carezca de formación y subsista únicamente con el cobro de una pensión.

2.8. Vulnerabilidad y derecho a la vivienda

La Ley por el Derecho a la Vivienda representa la primera ley estatal³⁶ que regula el derecho a la vivienda desde la aprobación de la

³² Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), Sentencia núm. 3373/2023, de 18 de octubre de 2023.

³³ Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.ª), Sentencia núm. 2184/2023, de 18 de septiembre de 2023.

³⁴ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), Sentencia núm. 14654/2022, de 13 de octubre de 2022.

³⁵ Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª), Sentencia núm. 1701/2022, de 19 de mayo de 2022.

³⁶ En el plano autonómico se han promovido leyes de vivienda con el objetivo de establecer marcos de protección y prevenir situaciones de emergencia habitacional causadas por el sobreendeudamiento de las familias. En este sentido, varias comunidades autónomas, Andalucía (Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda), Aragón (Art. 20 de la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón), Baleares (Disposición adicional quinta de la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears), Canarias (Art. 39 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias), Navarra (Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a

Constitución. Su objetivo principal es desarrollar el Art. 47 de la Constitución Española. En esta se introducen importantes modificaciones en la regulación del procedimiento de desahucio cuando concurren situaciones de vulnerabilidad en los arrendatarios, a través de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar, se garantiza el traslado automático a las administraciones públicas competentes de la resolución que fija la fecha del lanzamiento, sin necesidad de consentimiento de los interesados. Esto se lleva a cabo con el fin de evaluar la situación de vulnerabilidad de los ocupantes de la vivienda. Además, se impone al demandante la obligación de indicar si el inmueble constituye la vivienda habitual del ocupante y si es un gran tenedor de vivienda. En caso afirmativo, se requiere que acredite esta circunstancia mediante una certificación del Registro de la Propiedad que muestre sus propiedades relacionadas. En el caso de que el demandante sea un gran tenedor de vivienda, también se le exige demostrar si el ocupante de la vivienda se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica.

Asimismo, se establece un requisito de admisibilidad de la demanda en los casos en que el demandante sea un gran tenedor de vivienda, la vivienda sea la habitual del ocupante y este último se encuentre en situación de vulnerabilidad económica. Para que la demanda sea admitida, previamente debe haberse llevado a cabo un procedimiento de conciliación o intermediación entre las partes, que será establecido por las administraciones públicas competentes.

Adicionalmente, la ley amplía el ámbito de protección cuando se identifiquen situaciones de vulnerabilidad y define de manera más precisa el concepto de persona vulnerable. Además, se establece un sistema de decisión por el tribunal respecto a la eventual suspensión del procedimiento de desahucio. Esta decisión se tomará tras una valoración ponderada y proporcional del caso concreto, en contraposición a la suspensión automática por parte del Letrado de la Administración de Justicia prevista en la actualidad.

la vivienda en Navarra), la Comunidad Valenciana (Título II del Decreto-ley 3/2023, de 17 de febrero, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad y emergencia residencial en la Comunitat Valenciana agravadas por la guerra de Ucrania y para evitar abusos en el ámbito inmobiliario), Extremadura (Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda en Extremadura y Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda en Extremadura), País Vasco (Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda), Cataluña (Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética) y Murcia (Ley 3/2022, de 24 de mayo, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia), han aprobado medidas dirigidas a proteger a los colectivos especialmente vulnerables que se enfrentan a procedimientos de desahucio de su vivienda habitual, ya sea por ejecución hipotecaria o impago del alquiler.

Por último, se amplían los plazos de suspensión de los procedimientos de desahucio a dos meses para las personas físicas y cuatro meses para las personas jurídicas, en comparación con los plazos vigentes de uno y tres meses respectivamente. Estas medidas tienen como objetivo mejorar la regulación y proporcionar una mayor protección a los derechos de los ocupantes de viviendas en situación de vulnerabilidad.

El Art. 441.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la disposición final quinta de la Ley 12/2023, establece que se considerará vulnerable a tales efectos. La norma vincula la condición de vulnerabilidad a factores como: bajos niveles de renta, composición familiar desfavorable, importe elevado de suministros básicos, presencia de hijos a cargo, edad superior a 65 años, discapacidad o situación de dependencia.

3. LA CONSTRUCCIÓN HETEROGÉNEA DEL CONSUMIDOR VULNERABLE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La vulnerabilidad en las relaciones de consumo es un fenómeno real que existe al margen de cualquier posible consideración jurídica. Desde una perspectiva empírica, la vulnerabilidad se ha definido en términos probabilísticos³⁷. Así, un consumidor es más o menos vulnerable en la medida en que tenga una mayor o menor probabilidad de sufrir un daño como consecuencia de una concreta relación de consumo³⁸.

La sección primera del presente capítulo tenía por objetivo ofrecer un mapa de las diferentes medidas adoptadas por el legislador con el objetivo de paliar la situación o condición de vulnerabilidad de los consumidores en sus relaciones de consumo.

³⁷ Véase, entre otros, BRENNAN *et al.*, «Consumer Vulnerability and Complaint Handling: Challenges, Opportunities and Dispute System Design», *International Journal of Consumer Studies*, 41 (6), 2017, pp. 638-646; PATERSON y BRODY, «“Safety Net” Consumer Protection: Using Prohibitions on Unfair and Unconscionable Conduct to Respond to Predatory Business Models», *Journal of Consumer Policy*, 38 (3), 2015, pp. 331-355; CARTWRIGHT, «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38 (2), 2015, pp. 119-138; COMISIÓN EUROPEA, *Consumer Vulnerability Across Key Markets in the European Union*, Bruselas, European Commission, 2016; OVERTON y FOX O'MAHONY, «Stakeholder Conceptions of Later-Life Consumer Vulnerability in the Financial Services Industry: Beyond Financial Capability?», *Journal of Consumer Policy*, 41 (3), 2018, pp. 273-295; HILL y SHARMA, «Consumer Vulnerability», *Journal of Consumer Psychology*, 30 (3), 2020, pp. 551-570; EZECHUKWU, *Mobile Payments, Consumer Policy, and the Law: A Comparative Analysis*, Londres, Routledge, 2023; R. OVERALL, *What do we mean by “vulnerable” and “disadvantaged” consumers?*, Victoria, Consumer Affairs Victoria, 2004.

³⁸ P. CARTWRIGHT, *Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers*, en *Journal of Consumer Policy*, Berlín, Springer, 2015, pp. 119-138.

Como puede apreciarse, uno de los rasgos que caracteriza la positivación del fenómeno es su elevado grado de heterogeneidad. En este sentido, el ordenamiento jurídico no atribuye la condición de consumidor vulnerable de forma unívoca, sino todo lo contrario. Por ejemplo, un consumidor puede ser considerado vulnerable en relación con las comunicaciones comerciales que recibe de una empresa, pero no respecto a su proveedor de energía eléctrica, y viceversa. Asimismo, puede ser vulnerable a efectos de la regulación general de consumo por padecer una discapacidad visual, pero no serlo en el marco de la Ley 29/2009, si se considera que la racionalidad económica de dicho colectivo no es más susceptible de distorsión que la del resto de consumidores.

En definitiva, la categoría de consumidor vulnerable presenta un alto grado de diversidad. No obstante, es posible, desde un enfoque analítico, distinguir diferentes tipologías de vulnerabilidad con rasgos claramente diferenciados dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, es posible identificar dos variables clave que permiten clasificar las distintas intervenciones. La primera variable es el ámbito de aplicación de la medida, que puede ser de carácter sectorial o general. La segunda variable se refiere a la dimensión de la relación contractual sobre la que incide la intervención, distinguiéndose entre una dimensión informativa y una dimensión económica.

En relación con el aspecto sectorial o no de la intervención, resulta evidente que la liberalización de determinados sectores económicos ha impulsado el desarrollo de un marco de protección específico en favor de los consumidores. La construcción del mercado único europeo conllevó la desintegración progresiva de los grandes monopolios estatales. En este contexto, sectores como el eléctrico afrontaron profundos procesos de liberalización que exigieron, paralelamente, un fortalecimiento del marco normativo en materia de protección de los consumidores. Así, en ámbitos como el sector energético, el financiero o el de la vivienda, la normativa de protección no se limita a contemplar al consumidor «medio», sino que incorpora un régimen específico orientado a salvaguardar los intereses de los consumidores más vulnerables.

Una de las características distintivas de la regulación sectorial de la vulnerabilidad es el recurso a criterios socioeconómicos para determinar el grado de vulnerabilidad del consumidor. Así, para atribuir dicha condición a efectos de: (1) el bono social eléctrico, (2) la imposibilidad de suspensión del suministro, (3) el suministro mínimo vital, (4) la suspensión del procedimiento de desahucio, (5) la moratoria de la deuda arrendaticia, (6) el control de los intereses de demora, (7) la imposibilidad de ejecución de la garantía, (8) la moratoria de la deuda hipotecaria, (9) la suspensión de la obligación de pago de préstamos y créditos sin garantía hipotecaria, y (10) la imposibilidad de que la entidad de crédito exija la comisión establecida en el Art. 4.2 de la Orden

ECE/228/2019 en los contratos de cuenta de pago básica, se recurre fundamentalmente a una parametrización basada en criterios vinculados a la capacidad adquisitiva del consumidor.

Por otro lado, en lo que respecta a la condición de vulnerabilidad recogida en la regulación general de consumo, el legislador opta por conceptualizaciones mucho más abstractas, generalmente articuladas mediante estándares jurídicos indeterminados. El empleo de esta técnica legislativa permite dotar al ordenamiento de la flexibilidad necesaria para adaptar la regulación a las distintas circunstancias contextuales que definen su ámbito de aplicación, comprometiendo, no obstante, buena parte de la eficiencia *ex ante* de la medida, que queda en manos de los operadores normativos.

El otro de los aspectos clave es la dimensión sobre la que materializa el potencial daño que agrava la situación de vulnerabilidad. En la determinación de este equilibrio, las partes consideran el precio y la cantidad del bien o servicio negociado y el contenido contractual que regula la relación jurídica de las partes en adelante. En los mercados de consumo, este equilibrio no se genera mediante un proceso de negociación individual entre contrapartes, sino de forma global, mediante el mecanismo de precios generado en el libre mercado como consecuencia de la tensión de intereses entre oferta y demanda. En este contexto, el fenómeno de la contratación de adhesión y las condiciones generales son el reflejo de este equilibrio de mercado.

En este sentido, partiendo de este planteamiento, y a tenor del análisis de las diferentes medidas, es posible identificar dos dimensiones en el tratamiento de la vulnerabilidad en la normativa reguladora de las relaciones contractuales de consumo. Por un lado, una dimensión económica y, por otro, una informativa. En otras palabras, el ordenamiento jurídico, en su intento de aplacar los problemas asociados al fenómeno de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo, entiende que esta problemática se manifiesta en dos ámbitos diferentes. Por un lado, en garantizar la demanda y el acceso a determinados bienes o servicios que son considerados esenciales (dimensión económica³⁹), y

³⁹ Véase, entre otros, DIXON y MCLAUGHLIN, «Do the Poor Really Pay More for Food?», *Business & Society*, 9 (1), 1968, pp. 7-12; SEXTON y DONALD, «Comparing the Cost of Food to Blacks and to Whites—a survey», *Journal of Marketing*, 35 (3), 1971, pp. 40-46; ANDREASEN, *Inner City Business: A Case Study of Buffalo*, New York, Praeger Publishers, 1971; SEXTON y DONALD, «Black Buyer Behavior», *Journal of Marketing*, 36 (4), 1972, pp. 36-39; ANDREASEN, *The Disadvantaged Consumer*, New York, Free Press, 1975; CADY y ANDREASEN, «Price Levels, Price Practices and Price Discrimination in a Retail Market for Prescription Drugs», *Journal of Consumer Affairs*, 9 (1), 1975, pp. 33-48; ANDREASEN, «The Ghetto Marketing Life Cycle: A Case of Underachievement», *Journal of Marketing Research*, 15 (1), 1978, pp. 20-28; KANG y RIDGWAY, «The Importance of Consumer Market Interactions as a Form of Social Support for Elderly Consumers», *Journal of Public Policy & Marketing*, 15 (1), 1996, pp. 108-117; CHAPLIN y JOHN, «Interpersonal Influences on Adolescent Materialism», *Journal of Consumer Psychology*, 20 (2), 2010, pp. 176-184; WILLIAMS y HENDERSON, «Discrimination and Injustice in

por otro, en asegurar la toma de decisiones racionales por parte de los consumidores vulnerables (vulnerabilidad informativa⁴⁰). Así, la figura del consumidor en el ordenamiento jurídico se encuentra suspendida en algún lugar entre dos paradigmas del consumidor: uno que los ve como partes autónomas en los contratos (dimensión informativa), y el otro que acepta sus debilidades con el objetivo de evitar su expulsión del mercado (dimensión económica).

La dimensión económica refleja el interés de los poderes públicos de garantizar la demanda de determinados bienes o servicios considerados esenciales (servicios financieros básicos, suministros y vivienda). Mediante su liberalización, las instituciones designaron al libre mercado como el sistema más eficiente para su asignación. Sin embargo, esto implicaba, al mismo tiempo, aceptar el equilibrio de mercado, siendo este un reflejo del concurso de voluntades libres entre las partes, a pesar de poder provocar la expulsión de aquellos consumidores que no pudieran aceptar las condiciones contractuales de equilibrio (precio, cantidad y clausulado). Con el objetivo de paliar estos efectos adversos se han ido articulando una serie de medidas, en favor del consumidor económicamente vulnerable, para garantizar su acceso al consumo de estos bienes o servicios. La dimensión económica también explica el carácter marcadamente sectorial de todas estas medidas, así como el uso recurrente de las mismas durante los períodos de marcada recesión económica y de tensión en los mercados, cuando los consumidores con menor nivel de renta se encuentran más expuestos.

La dimensión informativa se refiere a la incapacidad de los consumidores de procesar adecuadamente la información necesaria para asegurar la toma de decisiones racionales. Se trata de un enfoque con claros tintes comunitarios, en el que el tratamiento legal se orienta

the Marketplace», en MICK *et al.* (eds.), *Transformative Consumer Research*, New York, Routledge, 2012, pp. 171-189; SAATCIOGLU y OZANNE, «Moral Habitus and Status Negotiation», *Journal of Consumer Research*, 40 (4), 2013, pp. 692-710; BONE, CHRISTENSEN y WILLIAMS, «Rejected, Shackled, and Alone», *Journal of Consumer Research*, 41 (2), 2014, pp. 451-474; HOJNIK, «Tell Me Where You Come From and I Will Tell You the Price», *Common Market Law Review*, 56 (1), 2019, pp. 23-60; CUESTA GONZÁLEZ *et al.*, «The Relationship Between Vulnerable Financial Consumers and Banking Institutions», *Geoforum*, 119, 2021, pp. 163-176.

⁴⁰ Véase, entre otros, BUTLER, «Rethinking Vulnerability and Resistance», en *Vulnerability in Resistance*, Durham, Duke University Press, 2016, pp. 1-17; OLSON y PETER, *Consumer Behavior and Marketing Strategy*, Boston, Irwin/McGraw-Hill, 1999; SHERMAN, MATHUR y SMITH, «Store Environment and Consumer Purchase Behavior: Mediating Role of Consumer Emotions», *Psychology & Marketing*, 14 (4), 1997, pp. 361-379; LEE y SOBERON-FERRER, «Consumer Vulnerability to Fraud: Influencing Factors», *Journal of Consumer Affairs*, 31 (1), 1997, pp. 70-89; LANGENDERFER y SHIMP, «Consumer Vulnerability to Scams, Swindles, and Fraud: A New Theory of Visceral Influences on Persuasion», *Psychology & Marketing*, 18 (7), 2001, pp. 763-783; PECHMANN *et al.*, «Impulsive and Self-Conscious: Adolescents' Vulnerability to Advertising and Promotion», *Journal of Public Policy & Marketing*, 24 (2), 2005, pp. 202-221; SUNSTEIN, *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

hacia una ampliación de los deberes de información⁴¹, un ámbito que, por sí mismo, ha demostrado ser notoriamente ineficiente. Un ejemplo claro del abordaje de la vulnerabilidad informativa se encuentra en el considerando 34 de la Directiva 2011/83/UE⁴², donde se establece que al facilitar la información precontractual el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables, la problemática a la que el legislador pretende dar respuesta es substancialmente diferente a la planteada en la Directiva 2014/92/UE⁴³ o la 2012/27/UE⁴⁴. En este sentido, el consumidor no se enfrenta, en modo alguno, a trabas en el acceso a los bienes o servicios; de hecho, el planteamiento normativo parte de la base de que se ha celebrado una concreta relación de consumo.

4. IMPULSO NORMATIVO: ENTRE LA REACCIÓN LEGISLATIVA Y EL CAMBIO DE PARADIGMA

¿Qué ha impulsado la introducción de la figura del consumidor vulnerable en el ordenamiento jurídico? A tenor del análisis realizado, su incorporación responde a dos fenómenos principales. Por un lado, a la reacción del legislador ante la necesidad de dar respuesta a los nuevos desafíos planteados por la concatenación de las dos grandes crisis económicas recientes. Por otro, al cambio de paradigma respecto a la tradicional imagen única del consumidor medio, promovida por el Derecho contractual de consumo europeo.

Durante el siglo XXI hemos sido testigos de dos de los mayores vaivenes económicos jamás acontecidos en las economías occidentales postindustriales. Nos referimos a la crisis financiera iniciada en 2007 y a la crisis económica asociada a la expansión de la COVID-19. Ambas recesiones han propiciado la generación de un fuerte entramado de protecciones jurídicas a determinados colectivos sociales, con el fin de

⁴¹ En este sentido, puede consultarse G. RUBIO GIMENO, «Vulnerabilidad y digitalización en la contratación de consumo: la perspectiva española», *EJPLT*, núm. 1, 2024, pp. 59-78, donde la autora examina el tratamiento jurídico de la digitalización en las relaciones contractuales de consumo.

⁴² Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 1999/44/CE, y se derogan la Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 304, de 22 de noviembre de 2011, pp. 64-88.

⁴³ Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 257, de 28 de agosto de 2014, pp. 214-246.

⁴⁴ Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 315, de 14 de noviembre de 2012, pp. 1-56.

evitar que las consecuencias derivadas de la imposibilidad de cumplir sus obligaciones acaben por llevar a los consumidores y usuarios a una situación de exclusión social.

En el ámbito de la vivienda, por ejemplo, la rápida propagación de la COVID-19 provocó la paralización de la actividad económica en multitud de sectores y generó importantes pérdidas de renta para los hogares. Como se pudo observar más adelante, la crisis económica asociada a la expansión de la pandemia afectó con mayor intensidad a los colectivos más vulnerables, aumentando los niveles de desigualdad preexistentes. Este hecho motivó la adopción de medidas urgentes para apaciguar sus repercusiones, tanto en el plano social como económico.

Asimismo, la crisis financiera iniciada en 2007 provocó un notable aumento de los impagos en los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda. Durante el periodo comprendido entre 2006 y 2014, se observó un notable incremento en las ejecuciones hipotecarias. Estas pasaron de 17.622 ejecuciones anuales en 2006 a alcanzar su máximo histórico de 93.610 en 2009. Posteriormente, se mantuvieron por encima de las 80.000 ejecuciones anuales hasta el año 2014⁴⁵. Este fenómeno se debió, en gran medida, al retroceso de las tasas de ocupación y a la sobrecarga financiera a la que muchas familias se habían sometido antes del estallido de la burbuja inmobiliaria⁴⁶.

En este sentido, la introducción de la figura del consumidor vulnerable en el ordenamiento jurídico presenta un carácter marcadamente reactivo. Surge como respuesta a la necesidad de mitigar las consecuencias económicas derivadas de diversos choques económicos. Por consiguiente, el Derecho no tanto diseña una nueva imagen de consumidor más ajustada a la realidad, como reacciona ante las tensiones sociales y económicas que evidencian las limitaciones del modelo tradicional centrado en el consumidor medio.

El otro elemento que explica la incorporación de la figura del consumidor vulnerable en el marco de la regulación de las relaciones contractuales de consumo es la crisis del paradigma tradicional centrado en una imagen única del consumidor medio. En este sentido, a pesar de que el paradigma de la racionalidad clásica⁴⁷, junto con la figura del consumidor medio «normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz», continúa profundamente arraigado en la doctrina⁴⁸, la legis-

⁴⁵ Fuente: INE. Estadística Hipotecaria y Consejo General del Poder Judicial. Estadística Judicial.

⁴⁶ J. LÓPEZ, «Ejecuciones hipotecarias. Un año de la Ley 1/2013», en *Revista de Derecho Civil*, núm. 1(3), 2014, pp. 105–120.

⁴⁷ R. BAISCH, *Behavioral Law and Economics: Foundations and Applications*, Berlín, Springer, 2015.

⁴⁸ M. SEGGER, «The Myth of the Average Consumer», en *European Review of Private Law*, núm. 29(2), 2021, pp. 215–240.

lación⁴⁹ y la jurisprudencia⁵⁰, dicho modelo se ha revelado ampliamente alejado de la realidad observable. Las decisiones de los individuos no siempre responden a una lógica de maximización de utilidad, son difícilmente previsibles y las preferencias que las sustentan suelen ser inestables e inconsistentes⁵¹.

A la luz de las evidencias aportadas por el análisis conductual, resulta legítimo cuestionar la validez de atribuir a los consumidores una racionalidad puramente económica⁵². En este sentido, no resulta ingenuo sostener que la persistencia de un paradigma de racionalidad alejado de los comportamientos reales puede contribuir al incremento de la vulnerabilidad de los consumidores. Esta vulnerabilidad no solo se manifiesta en la limitada capacidad para comprender el papel de la publicidad o los efectos de determinados productos, sino también en las dificultades que algunos consumidores enfrentan para actuar conforme a las expectativas derivadas de los modelos clásicos de racionalidad⁵³.

5. CONCLUSIONES

A través del presente trabajo se ha evidenciado que la figura del consumidor vulnerable en el plano jurídico se aborda a través de dimensiones del fenómeno totalmente heterogéneas; con herramientas y remedios dispares; y atendiendo a diferentes parámetros.

Desde la óptica del Derecho contractual de consumo, la figura del consumidor vulnerable adquiere sentido en dos vertientes fundamentales. La primera se refiere a la expulsión del mercado de bienes esenciales de determinados colectivos de consumidores; la segunda, a la distorsión de la racionalidad económica en las decisiones de consumo.

El análisis del tratamiento normativo de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo revela que el ordenamiento jurídico español incorpora, en gran medida, un enfoque similar. En este sentido, es posible identificar dos grandes dimensiones en el abordaje de la vulnerabilidad (económica e informativa) y dos planos de implementación normativa (sectorial y general).

⁴⁹ C. LASARTE, «El consumidor medio en la legislación española», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 103, 2019, pp. 45-68.

⁵⁰ J. VAQUÉ GONZÁLEZ, «El consumidor medio en la jurisprudencia del TJUE», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 2004, pp. 115-132.

⁵¹ A. TOR, «Behavioral Analysis of Consumer Decision-Making», en *Journal of Behavioral Economics*, núm. 12(1), 2021, pp. 45-67.

⁵² C. TWIGG-FLESNER, «The Importance of Behavioral Insights for EU Consumer Law», en *Journal of Consumer Policy*, núm. 40(3), 2017, pp. 359-376.

⁵³ Véase, por ejemplo, D. J. RINGOLD, «Social Criticism of Target Marketing: The Intellectual Foundation of the FTC's Policy on Marketing to Children», en *American Behavioral Scientist*, núm. 38(4), 1995, pp. 578-592.

En cuanto a las dimensiones, por un lado, la dimensión económica se centra en garantizar el acceso de los consumidores al mercado. Por otro lado, la dimensión informativa busca proteger la racionalidad económica del consumidor, regulando tanto las prácticas comerciales como la información contractual.

Asimismo, las medidas operan en dos planos distintos. Las medidas sectoriales se diseñan para contextos específicos, como el suministro eléctrico, los servicios bancarios o el acceso a la vivienda, y suelen estar vinculadas a parámetros objetivos, como el nivel de renta o la situación socioeconómica del consumidor. En cambio, las medidas generales se integran en la legislación transversal de consumo y recurren a estándares jurídicos más indeterminados, lo que permite una mayor flexibilidad interpretativa, aunque a costa de una menor precisión *ex ante*.

Sendas dimensiones y planos normativos recurren a distintas parametrizaciones para delimitar qué debe entenderse por consumidor vulnerable en sus respectivos ámbitos de aplicación. Si bien no existe una equivalencia perfecta, mientras que en la dimensión económica y en el plano sectorial la figura del consumidor vulnerable se encuentra altamente objetivada, en la dimensión informativa y en el plano general se recurre a definiciones más difusas y abiertas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, G., «Pobreza energética: claves para entenderla en el contexto de la crisis energética europea», *Papeles de Economía Española*, núm. 36, FUNCAS, 2021, pp. 65-77.
- ANDREASEN, A. R., *Inner City Business: A Case Study of Buffalo, New York*, New York, Praeger Publishers, 1971.
- *The Disadvantaged Consumer*, New York, Free Press, 1975.
- «The Ghetto Marketing Life Cycle: A Case of Underachievement», *Journal of Marketing Research*, 15(1), 1978, pp. 20-28.
- BAISCH, R., *Behavioral Law and Economics: Foundations and Applications*, Berlín, Springer, 2015.
- BONE, S. A., CHRISTENSEN, G. L., y WILLIAMS, J. D., «Rejected, Shackled, and Alone», *Journal of Consumer Research*, 41(2), 2014, pp. 451-474.
- BRENNAN *et al.*, «Consumer Vulnerability and Complaint Handling: Challenges, Opportunities and Dispute System Design», *International Journal of Consumer Studies*, 41(6), 2017, pp. 638-646.
- BUTLER, J., «Rethinking Vulnerability and Resistance», en *Vulnerability in Resistance*, Durham, Duke University Press, 2016, pp. 1-17.
- CADY, J., y ANDREASEN, A. R., «Price Levels, Price Practices and Price Discrimination in a Retail Market for Prescription Drugs», *Journal of Consumer Affairs*, 9(1), 1975, pp. 33-48.
- CARTWRIGHT, P., «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38(2), 2015, pp. 119-138.
- *The Vulnerable Consumer of Financial Services: Law, Policy and Regulation*, Nottingham, University of Nottingham, 2016.

- CHAPLIN, L. N., y JOHN, D. R., «Interpersonal Influences on Adolescent Materialism», *Journal of Consumer Psychology*, 20(2), 2010, pp. 176-184.
- COMISIÓN EUROPEA, *Consumer Vulnerability Across Key Markets in the European Union*, Bruselas, European Commission, 2016.
- CUESTA GONZÁLEZ *et al.*, «The Relationship Between Vulnerable Financial Consumers and Banking Institutions», *Geoforum*, 119, 2021, pp. 163-176.
- DIXON, D., y MCLAUGHLIN, G., «Do the Poor Really Pay More for Food?», *Business & Society*, 9(1), 1968, pp. 7-12.
- EZECHUKWU, C., *Mobile Payments, Consumer Policy, and the Law: A Comparative Analysis*, Londres, Routledge, 2023.
- GARCÍA, J., «Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad», en GUAYO CASTIELLA, I. y FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. (eds.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI*, Madrid, INAP, 2019, pp. 39-62.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M., *Consumidor vulnerable*, Madrid, Editorial Reus, 2018.
- HILL, R. y SHARMA, E., «Consumer Vulnerability», *Journal of Consumer Psychology*, 30(3), 2020, pp. 551-570.
- HOJNIK, J., «Tell Me Where You Come From and I Will Tell You the Price», *Common Market Law Review*, 56(1), 2019, pp. 23-60.
- KANG, Y. y RIDGWAY, N., «The Importance of Consumer Market Interactions as a Form of Social Support for Elderly Consumers», *Journal of Public Policy & Marketing*, 15(1), 1996, pp. 108-117.
- LANGENDERFER, J. y SHIMP, T., «Consumer Vulnerability to Scams, Swindles, and Fraud: A New Theory of Visceral Influences on Persuasion», *Psychology & Marketing*, 18(7), 2001, pp. 763-783.
- LASARTE, C., «El consumidor medio en la legislación española», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 103, 2019, pp. 45-68.
- LEE, J. y SOBERON-FERRER, L., «Consumer Vulnerability to Fraud: Influencing Factors», *Journal of Consumer Affairs*, 31(1), 1997, pp. 70-89.
- LÓPEZ, J., «Ejecuciones hipotecarias. Un año de la Ley 1/2013», en *Revista de Derecho Civil*, núm. 1(3), 2014, pp. 105-120.
- MICKLITZ, H.-W., «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», en REICH, N., MICKLITZ, H.-W., ROTT, P. y TONNER, K. (eds.), *European Consumer Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 67-122.
- OLSON, J. C., y PETER, J. P., *Consumer Behavior and Marketing Strategy*, Boston, Irwin/McGraw-Hill, 1999.
- OVERALL, R., *What do we mean by “vulnerable” and “disadvantaged” consumers?*, Victoria, Consumer Affairs Victoria, 2004.
- OVERTON, L. y FOX O'MAHONY, L., «Stakeholder Conceptions of Later-Life Consumer Vulnerability in the Financial Services Industry: Beyond Financial Capability?», *Journal of Consumer Policy*, 41(3), 2018, pp. 273-295.
- PATERSON, J. y BRODY, R., «“Safety Net” Consumer Protection: Using Prohibitions on Unfair and Unconscionable Conduct to Respond to Predatory Business Models», *Journal of Consumer Policy*, 38(3), 2015, pp. 331-355.
- PECHMANN *et al.*, «Impulsive and Self-Conscious: Adolescents' Vulnerability to Advertising and Promotion», *Journal of Public Policy & Marketing*, 24(2), 2005, pp. 202-221.
- PÉREZ, M. T. A., «El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares», en *Revista de Derecho civil*, núm. 2(2), 2015, pp. 31-67.

- RINGOLD, D. J., «Social Criticism of Target Marketing: The Intellectual Foundation of the FTC's Policy on Marketing to Children», *American Behavioral Scientist*, 38(4), 1995, pp. 578-592.
- RUBIO GIMENO, G., «Vulnerabilidad y digitalización en la contratación de consumo: la perspectiva española», *EJPLT*, núm. 1, 2024, pp. 59-78.
- SAATCIOGLU, B. y OZANNE, J., «Moral Habitus and Status Negotiation», *Journal of Consumer Research*, 40(4), 2013, pp. 692-710.
- SEGGER, M., «The Myth of the Average Consumer», *European Review of Private Law*, 29(2), 2021, pp. 215-240.
- SEXTON, R. L., y DONALD, R. L., «Black Buyer Behavior», *Journal of Marketing*, 36(4), 1972, pp. 36-39.
- «Comparing the Cost of Food to Blacks and to Whites—a survey», *Journal of Marketing*, 35(3), 1971, pp. 40-46.
- SHERMAN, E., MATHUR, A. y SMITH, R., «Store Environment and Consumer Purchase Behavior: Mediating Role of Consumer Emotions», *Psychology & Marketing*, 14(4), 1997, pp. 361-379.
- SUNSTEIN, C. R., *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- TOR, A., «Behavioral Analysis of Consumer Decision-Making», *Journal of Behavioral Economics*, 12(1), 2021, pp. 45-67.
- TWIGG-FLESNER, C., «The Importance of Behavioral Insights for EU Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, 40(3), 2017, pp. 359-376.
- VAQUÉ GONZÁLEZ, J., «El consumidor medio en la jurisprudencia del TJUE», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 2004, pp. 115-132.
- WILLIAMS, J. D., y HENDERSON, G. R., «Discrimination and Injustice in the Marketplace», en MICK, D. G. *et al.* (eds.), *Transformative Consumer Research*, New York, Routledge, 2012, pp. 171-189.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 53-78
DOI: 10.37417/VSECC/02
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y VULNERABILIDAD*

Inmaculada VIVAS TESÓN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA.— 2. LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* O EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.— 3. EL DERECHO CONTRACTUAL ANTIDISCRIMINATORIO.— 4. EL CONSUMIDOR VULNERABLE.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

En el actual contexto jurídico y social, la prohibición de discriminación en virtud de la cual no pueden realizarse diferenciaciones entre personas basadas en la pertenencia a determinadas categorías, estatus, creencias, cualidades o condiciones personales de los individuos representa un principio transversal medular tanto en el Derecho europeo como en nuestro Derecho interno.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado» (SEJ-617) de la Junta de Andalucía y del Grupo de investigación consolidado «Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos» (DECADE) de la Universidad de Alcalá, así como del Proyecto I+D+i «Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (PID2021-127361NB-I00), Ayudas a Proyectos de generación de conocimiento en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023», del que es investigadora responsable la profesora Goñi Urriza. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4922-7965>

A nivel supranacional, la prohibición de discriminación está expresamente reconocida como un principio fundamental. Tanto el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establecen, en términos prácticamente idénticos, que queda prohibida la discriminación basada en motivos de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, ciudadanía, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

La no discriminación en la contratación entre particulares es uno de esos temas de Derecho civil que podría considerarse hace tiempo ya totalmente superado. Nada más lejos de la realidad. Es esta una problemática que, en mi opinión, nos hemos tomado demasiado a la ligera; precisa de una serena reflexión y de una contundente y eficaz respuesta jurídica.

La supresión de fronteras, las facilidades de los desplazamientos transnacionales y los flujos migratorios han contribuido a que la nuestra sea una sociedad variada, multiétnica y multicultural, una sociedad plural de ciudadanos diversos, pero con idénticos derechos. A ello ha de sumarse que la globalización, los avances tecnológicos y la consiguiente digitalización del mercado han hecho surgir nuevas dinámicas (y, cómo no, nuevos problemas jurídicos) en el intercambio de bienes y servicios. Todo ello e intervenciones legislativas recientes invitan a reflexionar acerca de la prohibición de discriminar en las relaciones contractuales entre particulares, y ello es, precisamente, lo que motiva estas páginas.

Por discriminación contractual¹ podemos entender todo comportamiento de un particular que limite, niegue o haga más gravoso a un

¹ Acerca de la materia, en la doctrina española podemos destacar, entre otros, NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», *ADC*, 2007, pp. 1619-1640.

Entre los autores italianos que se han ocupado de la problemática, véase. MAFFEIS, «La discriminazione religiosa nel contratto», *Il Diritto Ecclesiastico*, 2006, I, pp. 55 y ss., «Libertà contrattuale e divieto di discriminazione», *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 2008, pp. 401 y ss., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, Giuffrè, 2007 e «Il Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti», *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 161 y ss.; LA ROCCA, «Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi», en BARBERÀ (coord.), *Il nuovo Diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 289 y ss., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel Diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; GENTILI, «Il principio di non discriminazione nei rapporti civili», *Riv. crit. Dir. priv.*, 2009, pp. 207 y ss.; CHECCINI, «Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 186 y ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013 e «Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale», *Riv. Dir. civ.*, 2015, pp. 1387 y ss.; NAVARRETTA, «Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto», *Riv. Dir. civ.*, 2014, pp. 560 ss.; ULESSI, «Diritti dei consumatori

sujeto el acceso a bienes y servicios por razón de ciertas circunstancias personales como, entre otras, la etnia, la nacionalidad, la religión, el género, la orientación sexual, la enfermedad o la discapacidad. Tales prejuicios discriminatorios, considerados «factores de riesgo» (unos inherentes a la persona como la raza o el color y otros de elección personal como la religión) y que debieran ser indiferentes al momento de contraer una relación contractual, encasillan a determinadas personas en colectivos desfavorecidos (*disadvantaged groups*) a nivel social y vulneran frontalmente la dignidad humana.

La actitud de uno de los contratantes hacia las características personales o sociales del otro (como la raza, el género, la orientación sexual, la nacionalidad, la religión o la condición de salud) puede influir en el ejercicio de la autonomía privada que preside las relaciones contractuales, bien impidiéndole el acceso a bienes y servicios mediante la negativa a contratar o bien imponiéndole condiciones más gravosas que a otra persona con rasgos distintivos diferentes. De este modo, las situaciones discriminatorias se dan, principalmente, bien en la fase precontractual mediante el rechazo rotundo a concluir el contrato o bien a la hora de determinar el clausulado del mismo, brindando un peor tratamiento respecto de otro sujeto sin una adecuada justificación.

No son infrecuentes, lamentablemente, los casos de discriminación en la contratación de seguros de salud y vida cuando el tomador es una persona con discapacidad (p. ej., con Síndrome de Down, esto es, por el mero hecho de tener un cromosoma más), con VIH² o diabetes, sumándose ahora una nueva condición de salud, la COVID-19 (enfermedad por infección por SARS-CoV-2), la cual se ha transformado en una circunstancia discriminatoria a la hora de contratar un seguro de personas como el de asistencia sanitaria o vida, lo que no es cuestión baladí dado

e normativa antidiscriminatoria», *Riv. Dir. impr.*, 2015, I, pp. 199 y ss.; PRADUROUGH, «Il Diritto contrattuale antidiscriminatorio italiano e francese nel quadro delle fonti europee», *Nuova giur. civ. comm.*, vol. 35, núm. 6, 2019, pp. 1377 y ss.

En Alemania, véase PICKER, «Anti-discrimination as a Program of Private Law?», *German Law Journal*, vol. 4, núm. 8, 2003, pp. 771-784 y LEIBLE y SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München, Sellier-European Law Publishers, 2006.

² Dado que con frecuencia suelen utilizarse como términos sinónimos, queremos subrayar la diferencia entre uno y otro: el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) es un retrovirus caracterizado por actuar sobre el sistema inmunitario de los humanos (en concreto, sobre las células CD4 o células T) y no tiene cura pero sí tratamiento, en tanto que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) es la fase más grave de la infección por el VIH, que se caracteriza porque el organismo ya no es capaz de combatir patógenos, por lo que aparecen enfermedades oportunistas que pueden afectar gravemente la salud. Por tanto, siguiendo el tratamiento adecuado, las personas seropositivas pueden mantenerse sanas y no alcanzar nunca la fase de SIDA. Hoy día, según un estudio estadounidense presentado en la XXVII *Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections* (CROI 2020) celebrada en marzo de 2020, las personas con VIH con tratamiento antirretroviral tienen la misma esperanza de vida que las personas no portadoras del virus, pero presentan, en su proceso de envejecimiento, comorbilidades que aparecen antes y que hacen que su calidad de vida fuera inferior a la observada en la población general.

que, en muchas ocasiones, aquel está vinculado a otro contrato para obtener financiación. Dicha discriminación por parte de la compañía aseguradora puede consistir, como ya hemos apuntado, bien en el rehúse a contratar el seguro o bien en la imposición de condiciones más onerosas o gravosas sin una justificación objetiva, proporcionada y razonable.

A veces, propietarios e inmobiliarias rechazan a un posible inquilino por el mero hecho de tener un nombre o un acento que conduzca a pensar que es extranjero, un hecho discriminatorio por razón de raza u origen. Durante los tratos preliminares por correo electrónico o a través de mensajería instantánea todo va como la seda, pero, cuando propietario e interesado en alquilar una vivienda o habitación se encuentran presencialmente, bien los rasgos físicos del posible arrendatario evidencian algún factor de riesgo o bien no, pero, a la hora de firmar el contrato, proporciona sus datos y, por ejemplo, tiene apellidos árabes (y puede que nacionalidad española); entonces, la cosa cambia repentinamente y la xenofobia y el racismo del casero le conducen a no celebrar el contrato.

Ahora bien, en la contratación privada, discriminar tal vez no siempre sea ilegal. Me explico. Según el diccionario de la Real Academia Española, «discriminar» (del latín, *discriminare*) significa «seleccionar excluyendo». Es lógico que el arrendador, de entre las distintas opciones posibles que se le presenten, elija a quién alquilarle el inmueble en función, por ejemplo, de su solvencia económica. La elección del «buen inquilino» es comprensible y legal, pero no lo es cuando se discrimina a una persona atendándose a su raza, ideología, religión, orientación sexual, condición de salud, etcétera. De hecho, la segunda acepción de la palabra «discriminar» en el mismo diccionario es «dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.». Sería, por ejemplo, el caso de no alquilar una vivienda a inmigrantes o negros o bien imponerles condiciones contractuales más gravosas como el pago de la fianza de seis meses por adelantado, cuando la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en su art. 36.1, establece, de forma muy clara, que «a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda». Ello es, a todas luces, una discriminación odiosa intolerable por su carácter estigmatizador que crea desigualdades sistemáticas derivadas de la categorización social.

No son extraños los supuestos de discriminación interseccional y/o múltiple³ en los que la persona es estigmatizada por dos o más rasgos

³ CAVALCANTE CARVALHO, «Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad», en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 7, 2018, pp. 15-19, hace una precisión terminológica pues, en su opi-

odiosos a la vez, por ejemplo, negro y homosexual, mujer y discapacidad. La interseccionalidad conlleva la concurrencia simultánea de varios factores no es aditiva o yuxtapuesta, sino que implica una identidad cruzada que agrava considerablemente la situación de la persona y reclama medidas específicas que garanticen sus derechos.

Con ocasión de la crisis mundial provocada por la pandemia del coronavirus que tristemente nos tocó vivir, se detectó una modalidad particular de conductas discriminatorias, la denominada «discriminación por asociación» (también llamada por vinculación o refleja)⁴ a profesionales del ámbito sanitario que trabajaban a diario con pacientes con COVID-19, a quienes se «invitaba» a resolver anticipadamente el contrato de arrendamiento. Al margen de la concreta modalidad arrendaticia pactada y, por consiguiente, de la norma aplicable al mismo (el Código civil o la Ley de Arrendamientos Urbanos), un motivo de salud no puede jamás obligar al arrendatario a abandonar forzosamente la vivienda o la habitación en alquiler. Únicamente el arrendador, y por motivos debidamente acreditados que contravengan la norma o el acuerdo arrendaticio en concreto, como el impago de la renta o el incumplimiento de las condiciones voluntariamente estipuladas, como introducir un animal de compañía en el inmueble habiéndose pactado su prohibición, puede instar la resolución del contrato.

Y por si todo ello fuera poco (que no lo es), clama al cielo que sea el propio legislador quien, guiado por absurdos prejuicios, discrimine a los particulares a la hora de contratar servicios, lo que es de todo punto inadmisibile.

nión, discriminación múltiple y discriminación interseccional no son sinónimos, pues la múltiple no enfatiza la interconexión entre las distintas formas de discriminación, que crean nuevas e intensificadas situaciones de opresión, por lo que no es la terminología que mejor explica ese proceso, mientras que la idea de discriminación interseccional sí. Así, afirma en p. 23: «*Optar por un uso preciso del vocablo, nombrando específicamente los procesos discriminatorios interrelacionados como interseccionales, permite visibilizar las distintas formas de opresión que operan en un mismo individuo y concienciar la sociedad en torno a ello*».

⁴ Aplicando la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la famosa Sentencia de 17.07.2008, *Coleman* (asunto C-303/06), nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 71/2020, 29 junio (ECLI: ES:TC:2020:71), estima un recurso de amparo en el que se alega vulneración del art. 14 de la Constitución española por acto discriminatorio por razón de sexo en relación a un supuesto de discriminación por asociación de una trabajadora con vínculo estatutario fijo como enfermera de un hospital dependiente del Servicio Vasco de Salud, quien tras solicitar el disfrute de un permiso de dos días de duración por la hospitalización de su hermana por razón de parto, le fue denegada la licencia solicitada por entenderse que no tenía derecho a la misma al tratarse de una hospitalización por razón de parto. Según el Tribunal Constitucional, «es pertinente tener en consideración que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han admitido que se incurre en discriminación refleja cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio».

Como muestra un botón: el legislador andaluz, en el art. 19 del Decreto 71/2017, de 13 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea piercing, se ocupa de las posibles complicaciones y contraindicaciones que podrían producir en determinados usuarios de tales técnicas (p. ej. mujeres embarazadas y madres en situación de lactancia, personas con diabetes, con hemofilia, con cardiopatías, portadoras de VIH o de hepatitis B o C, inmunodeprimidas o portadoras de prótesis valvulares, ortopédicas y vasculares), a quienes la persona aplicadora debe informar tanto de forma oral como escrita.

Pues bien, en su apartado 2º, el citado precepto reza así: «2. La persona aplicadora se podrá negar a llevar a cabo la aplicación de las técnicas de tatuaje, micropigmentación o perforación cutánea piercing, a la vista de las contraindicaciones que pudiera presentar la aplicación de dichas técnicas respecto a una determinada persona que quisiera ser usuaria de las mismas». Dicho de otro modo, la persona aplicadora encuentra amparo legal para denegar un servicio, por ejemplo, a una persona con VIH, en lugar de haberse previsto por parte del legislador algo tan sencillo como la obligación de utilizar para la realización de tales técnicas material esterilizado desechable. Nos cuesta mucho entender cómo esta norma discriminatoria, tras la cual existe un profundo desconocimiento de algunas enfermedades además de una nula sensibilidad, forma parte, a día de hoy, de nuestro ordenamiento jurídico. Sobra decir que la persona usuaria a la que se le deniega la prestación consistente en la relación de un tatuaje o un piercing, pese al daño del estigma o discriminación que reporta ella y su entorno, nada podrá hacer ante una discriminación arbitraria, pero, sorprendentemente, legal. A mi juicio, esta disposición normativa (y no es la única) debería ser expulsada de nuestro ordenamiento jurídico.

En la práctica, son escasas las ocasiones en que este tipo de conductas discriminatorias en el ámbito de las relaciones contractuales que permiten el acceso y suministro de bienes y servicios dan lugar a pronunciamientos judiciales, sobre todo, por su dificultad probatoria. Sin embargo, ello no quiere decir que no existan.

Cierto es que la penetración de la prohibición de discriminar en el Derecho contractual como límite de la autonomía privada podría suponer un vaciamiento sustancial de la libertad de pactar con quien se desee reconocida en el art. 1255 del Código civil (en adelante, Cc), principio basilar del tráfico jurídico-privado, tanto del nacional como del comunitario, y, sin duda, un valor a proteger. Se trata de un área del Derecho civil en el que suele hablarse de libertad, razón por la cual las injerencias e imposiciones no son bienvenidas. La igualdad en la contratación privada no existe; es más, muchos son los supuestos contractuales en los que existe una clara desigualdad entre los contratantes.

Es evidente que una sociedad democrática avanzada (según el art. 1.1 de la CE, «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»), por tanto, plena e inclusiva, no debe consentir la discriminación y consiguiente estigmatización de las personas que la integran: todos somos ciudadanos plenos e iguales en derechos y así debemos ser tratados, sin excepción, en todos los ámbitos vitales. Por ello, hoy día, en desarrollo del art. 14 de nuestra Constitución (en adelante CE)⁵ y al derecho a no ser discriminado que consagra («los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), existe un Derecho antidiscriminatorio, esto es, mecanismos de protección contra la discriminación, si bien, como bien puede intuir el lector, tales remedios no son suficientemente disuasorios y mucho menos en el Derecho privado.

2. LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* O EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Nuestra Carta Magna recoge un conjunto de valores con relevancia exegética en el ámbito civil⁶. Conforme a ello, que toda norma deba aplicarse siempre de manera que se respete el principio de igualdad y no discriminación y se maximalice, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales es un recurso hermenéutico a disposición de los Tribunales que se introduce en el art. 3.1 del Cc, un nuevo canon interpretativo que, a diferencia de los enumerados en dicho precepto, es un criterio superior que impone una jerarquía argumental: la interpretación *secundum Constitutionem*.

⁵ Repárese en que el art. 14 CE, en línea con algunos Instrumentos internacionales como la Declaración Universal de derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales o el Convenio europeo de derechos humanos, contiene una cláusula abierta y flexible al disponer que no puede prevalecer ninguna discriminación «por cualquier otra condición o circunstancia personal o social», lo que permite una mayor adaptación a la aparición de nuevas causas discriminatorias a tenor de los cambios sociales y económicos.

De este modo, entre los factores de riesgo mencionados en el art. 14 CE no se encuentra la enfermedad y, sin embargo, la STC 62/2008, 26 mayo (RTC 2008\62), en relación a un despido por razón de salud, no duda a la hora de considerarla una causa discriminatoria incluida en dicho precepto: «no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo» (FJ 6º).

⁶ Para un estudio más detallado de la cuestión, véase VIVAS TESÓN, «El Derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 672 y ss.

El art. 53.1 de la CE establece la vinculación de los derechos fundamentales en ella reconocidos a todos los poderes públicos. Nada dice, sin embargo, de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y, más concretamente, si el titular de los mismos está protegido únicamente frente a las injerencias de los poderes públicos (relación de subordinación) o también frente a las vulneraciones por parte de otros individuos igualmente titulares de derechos fundamentales (relación de coordinación). Dicho de otro modo, debe plantearse la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, la archiconocida, con terminología alemana, *Drittwirkung der Grundrechte*, y su consiguiente merma del poder de autorregulación de intereses particulares en que consiste la autonomía privada.

Con demasiada frecuencia se esgrime el argumento de la naturaleza privada del sujeto (el lector seguramente estará pensando en el típico cartel en la entrada de algunos establecimientos de ocio abiertos al público en el que puede leerse «queda reservado el derecho de admisión» del que es titular el empresario frente al derecho de acceso del consumidor o usuario) para justificar, con una sedicente legitimidad, situaciones discriminatorias por razón de raza, género, orientación sexual, edad, enfermedad o discapacidad, las cuales conculcan el art. 14 de la CE, que proclama la igualdad de todas las personas y la consiguiente prohibición de discriminación. Lo privado se erige, estratégicamente, en muro o barrera infranqueable frente a cualquier reivindicación paritaria; un refugio para vulnerar derechos fundamentales y, en última instancia, la dignidad de la persona del art. 10 de la CE.

Pues bien, los derechos fundamentales, ¿inciden en las relaciones entre particulares?; el respecto a dichos derechos constitucionales, ¿funciona como un límite a la autonomía privada reconocida en el art. 1255 del Cc y, por tanto, como una restricción de libre actuación de los particulares? ⁷.

⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 315, plantea las siguientes hipótesis: «la de la posible aplicación del principio de igualdad (que, por cierto, es la que, posiblemente, plantee los problemas más agudos en su pretendida extensión a las relaciones de Derecho Privado), tal y como viene formulado por el artículo 14 de la Constitución; a pesar de dicho principio, ¿pueden los estatutos de una asociación deportiva (privada, por definición: artículo 35,2º del Código civil) establecer que no podrán formar parte de ella los individuos pertenecientes a una determinada etnia?; una persona que se dedique al suministro de bienes y servicios, ¿carece de las posibilidades de establecer con sus clientes el precio y las condiciones de los mismos, una vez que los haya fijado con el primero, porque todos los siguientes tienen el derecho (constitucional) a ser tratados de manera igual?; ¿puede un profesional negarse a prestar sus servicios, o todos tiene derecho a ellos, por aplicación del principio de igualdad?. Y los supuestos, desde luego, no se ciñen en exclusiva al principio de igualdad: ¿el derecho fundamental a la libertad de expresión ampara al empleado de una empresa para hacer propaganda negativa de los productos de la misma? ¿El derecho a la libertad ideológica permite a un profesor de un centro privado enfocar su enseñanza en contra radicalmente del ideario de dicho centro?».

Como bien se sospechará, dar una respuesta a tales interrogantes en relación al ámbito del Derecho de los particulares (diverso sería en la esfera de lo público) es tarea ardua⁸: frente a una posición contraria a la virtualidad de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, existe otra favorable que se inclina por la horizontalidad directa sin mediar ninguna norma interpuesta, en tanto que otros autores consideran que los derechos fundamentales informan el concreto contenido de las cláusulas y principios generales del Derecho privado como la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el orden público (arts. 7.1, 1255 y 1258 del Cc), conceptos jurídicos abiertos e indeterminados que permiten adecuarse a los continuos cambios sociales.

En nuestra opinión, la superioridad normativa de la Constitución y su potente efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, así como los valores superiores de libertad, justicia e igualdad (formal y material) del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable admitir una cierta operatividad u horizontalidad de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* y, por cuanto ahora nos ocupa, en el ejercicio de la autonomía de los particulares a través del contrato, que no es, desde luego, el mismo a la manifestada en el testamento.

Cierto es que el art. 53 CE solo menciona a los poderes públicos y no a los ciudadanos, si bien son ambos los destinatarios indiscutibles de su art. 9.1⁹.

Respecto a dicha omisión se pronunció nuestro Tribunal Constitucional de forma muy clara en relación con una controversia laboral, en el FJ. 4º de su Sentencia 177/1988, 10 octubre¹⁰: «ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984\18) (FJ 6.º) “en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección

⁸ Así lo hace ver LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho civil*, op. cit., pp. 315-316, «démonos cuenta de que si salimos del Derecho privado, todo resulta más claro: nadie discute la imposibilidad de que un individuo sea privado de su derecho al voto por razón de su raza, precisamente en aplicación del principio de igualdad; todas las personas que utilizan un servicio público tienen derecho a que se les preste en paridad de condiciones; ningún funcionario público puede rehusar su actividad a ningún ciudadano; cualquier servidor público puede criticar el funcionamiento de la institución a la que pertenece, en ejercicio de su libertad de expresión; cualquier profesor de un centro público puede hacer ostensión de su particular ideología».

⁹ Para FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1992, p. 113, el art. 9.1 CE podría ser el precepto consagrador, en nuestro ordenamiento jurídico, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

¹⁰ RTC 1988\177.

de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

Sin embargo, en el FJ 1º de su STC 108/1989, 8 junio¹¹, precisó que «el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE». A la vista de tal afirmación, Bercovitz¹² concluye que «el Tribunal viene a mantener que el principio de igualdad se impone con menor fuerza en el campo de la autonomía privada en comparación con la sumisión al mismo de los poderes públicos; concretamente, se impone en aplicación del orden público constitucional, prohibiéndose las discriminaciones contrarias al mismo. Esas discriminaciones, por otra parte, comprenden las enumeradas expresamente en el artículo 14 CE, pero no se limitan a ellas»¹³.

Aceptada, pues, una cierta virtualidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ha de aceptarse que los derechos fundamentales no son ilimitados¹⁴, siendo, en dicho ámbito, un límite al ejercicio de los mismos la buena fe. *Prima facie*, podría resultar llamativo al lector que la buena fe adquiera rango constitucional, pero, si nos paramos a pensar, su ubicación en el Título Preliminar del Código civil, en concreto, en su art. 7.1, lo explica sobradamente.

Es evidente que los derechos fundamentales no operan, por igual, en todas las relaciones jurídicas *inter privatos*, de ahí que la *Drittwirkung* solo puede encontrar una solución puramente casuística, precisándose,

¹¹ RTC 1989\108.

¹² BERCOVITZ, «El principio de igualdad y Derecho privado», *ADC*, 1990, p. 412.

¹³ Comparte dicha opinión A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho civil*, op. cit., p. 318, pues «inherente es al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad. Lo que no se permite es que la autonomía privada produzca discriminaciones manifiestas, basadas en las que expresamente prohíbe el artículo 14 de la Constitución: nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, o derivadas de circunstancias personales o sociales que tengan la suficiente transcendencia social para afectar, precisamente, al orden público, y siempre atendida la naturaleza del concreto acto de autonomía considerado, y las circunstancias del mismo».

¹⁴ STC 88/1985, 19 julio (RTC 1985, 88).

caso a caso y bajo las específicas circunstancias, la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad conforme a un juicio de razonabilidad¹⁵.

En los conflictos horizontales entre particulares, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada y del de libertad contractual, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público constitucional.

3. EL DERECHO CONTRACTUAL ANTIDISCRIMINATORIO

En el moderno Derecho civil la autonomía privada no es solo un valor en sí mismo, sino un instrumento a través del cual se ejercen los derechos constitucionales en el escenario socioeconómico. La celebración de un contrato es el modo a través del cual el sujeto desarrolla su personalidad en sus relaciones con otros individuos buscando en aquel prestaciones económicas o puede que extrapatrimoniales.

Desde siempre, el Derecho contractual ha sido la materia del ámbito privado menos permeable a los principios y valores constitucionales, sin embargo, a mi modesto entender, no puede seguir resistiéndose a que la libertad de pactar sea incluida en la obligada lectura constitucional de nuestro decimonónico Código y de las leyes civiles extracodiciales¹⁶.

Partiéndose de que la autonomía privada no es absoluta, pues no supone, ni mucho menos, hacer lo que a uno le venga en gana, en el Derecho contractual postconstitucional aquella encontró limitaciones impuestas por el poder público (pensemos en los contratos de arrendamiento) con el fin de garantizar intereses sociales o comunitarios. Es claro que la libertad contractual no solo permite satisfacer intereses particulares, sino que también ha de perseguir fines para la sociedad. Por ello, encuentra un límite en el orden público, tras el cual se encuentra la necesidad de garantizar el goce de los derechos fundamentales de la persona también en el marco de los negocios jurídicos privados. La autodeterminación permite actuar en razón de intereses propios pero el

¹⁵ V. CARRASCO PERERA, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *REDC*, 1984, pp. 39-106.

¹⁶ Al respecto, véase ALPA, «*Libertà contrattuale e tutela costituzionale*», *Riv. crit. Dir. priv.*, 1995, pp. 39 y ss.; GALGANO, «*Libertà contrattuale e giustizia del contratto*», *Contratto e impresa. Europa*, 2005, pp. 509 y ss.; ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003; MACARIO, «L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa», *Questione giustizia*, 2016, 4, pp. 52-76; NAVARRETTA, «*Il contratto 'democratico' e la giustizia contrattuale*», *Riv. Dir. civ.*, 2016, pp. 1262 y ss.

comportamiento negocial es legítimo solo si cuenta con la aceptación. En definitiva, el contrato queda sujeto a los valores y principios constitucionales, a los derechos fundamentales de la persona y a su dignidad.

Ahora bien, si no puede hablarse de la absoluta intangibilidad de la autonomía contractual, tampoco puede aceptarse su completa aniquilación. Ello es, según creemos, incuestionable.

Con el fin de lograr una sociedad integradora e inclusiva y, por consiguiente, justa, se han dictado en los últimos años diversas normas antidiscriminatorias en aras de lograr un trato igualitario de las personas, normas que, hoy día, constituyen un importante *corpus* heterorreulador del mercado, que, en materia contractual, pretende depurarlo de absurdos prejuicios y estereotipos a la hora de acceder a bienes y servicios. La prohibición de discriminación es, en nuestros días, una regla del Derecho de los contratos.

Sin duda alguna, la Unión Europea ha jugado y juega un rol fundamental en la configuración del principio de no discriminación e igualdad de trato como un principio general del ordenamiento comunitario. Lo ha incorporado a sus Tratados constitutivos e intenta constituir, a través de un importante paquete de Directivas antidiscriminatorias¹⁷, un marco general para combatir las inaceptables desigualdades de trato en el seno de la Unión. Además, contamos hoy día con un gran número de recomendaciones y de resoluciones del Parlamento Europeo, así como con una vasta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, encargado de ir dando forma concreta, en cada caso enjuiciado, al principio de igualdad de trato.

Al igual que en Estados Unidos la lucha contra la discriminación tuvo un alcance limitado centrado en el racismo (después se ampliaría a otros motivos en el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 así como en normas federales), la primera previsión normativa comunitaria también, la discriminación por razón de sexo y, además, en un determinado ámbito, el del empleo: en este sentido, el art. 119 del Tratado de Roma de 1957 contemplaba la igualdad entre mujeres y hombres en materia retributiva. Décadas después, el Tratado de Ámsterdam supuso un hito al reforzar el compromiso europeo con la igualdad entre hombres y mujeres, pero con una visión más global, la transversalidad de género (*mainstreaming*). Más tarde, el Tratado de Lisboa reafirmó el princi-

¹⁷ Para un detenido estudio, véase LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel Diritto europeo, Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, op. cit.; CHIECO, «Le nuove Direttive comunitarie sul divieto di discriminazione», *Riv. it. Dir. lav.*, 2002, I, pp. 75 y ss.; CALAFÀ, «Le Direttive antidiscriminatorie di ‘nuova generazione’: il recepimento italiano», *Studium Iuris*, 2004, pp. 873 y ss.; FAVILLI, *La non discriminazione nell’Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2008; CALAFÀ/ GOTTARDI, *Il Diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Futura Editrice, 2009; RANIERI, «Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell’Ue: alcune questioni problematiche», *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, vol. 63, fasc. 1, pp. 165-210.

pio de igualdad y no discriminación, incluyéndolo entre los valores y objetivos de la Unión.

La gran preocupación del legislador comunitario por impedir situaciones discriminatorias por razones relativas a las condiciones personales del contratante se detecta, con suma facilidad, apenas se hace lectura del art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 13 del Tratado constitutivo), el cual amplía sus competencias facultando al Consejo a adoptar decisiones al respecto:

1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.

Y, como ya vimos, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en su art. 21 prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; además, prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares. En su art. 23 dispone que la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

En el Derecho derivado (que, por efecto de sus fines de armonización, después resulta incorporado a los Derechos nacionales), las primeras Directivas antidiscriminación se circunscribieron al ámbito laboral¹⁸. Sin embargo, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29

¹⁸ Véase la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la for-

de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en su art. 3.1.h) dispone: «Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda».

Pero es, sin duda, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, la que entra de lleno en el ámbito de la contratación y en la discriminación por razón de sexo a la hora de acceder a los mismos. En su art. 3, relativo a su ámbito de aplicación, dispone:

1. Dentro de los límites de los poderes conferidos a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como

mación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Tras el Tratado de Ámsterdam, citamos la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); la Directiva 2010/41, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo; Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento; y Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE.

al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto.

2. La presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante.

3. La presente Directiva no se aplicará al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad, ni a la educación.

4. La presente Directiva no se aplicará a asuntos relacionados con el empleo y la ocupación. No se aplicará a asuntos relacionados con el trabajo por cuenta propia, en la medida en que dichos asuntos estén cubiertos por otros actos legislativos comunitarios.

Repare el lector que se requiere que los bienes y servicios estén disponibles al público, de modo que deja fuera las transacciones que tengan lugar en el seno de la vida privada o familiar, a las que la norma comunitaria no es de aplicación, como tampoco al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad ni a la educación, ni a los asuntos relacionados con el empleo y la ocupación.

En su art. 4.5. dispone: «La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios».

La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2008, sobre los progresos realizados respecto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación en la Unión Europea (transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE), pedía a los Estados miembros que, en su práctica legislativa, tuvieran debidamente en cuenta los varios motivos de discriminación que se mencionan en el antes citado art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Es indudable que las normas comunitarias se han preocupado especialmente por los abusos en los contratos con consumidores y ello porque el consumidor reviste una enorme importancia al ser pieza clave en el objetivo de construir un mercado único y de libre competencia. El control legal sobre el contenido del contrato con el fin de proteger al contratante más débil se detecta, claramente, en materias como el contrato de crédito al consumo o el de viajes combinados. Con tales limitaciones de la autonomía privada no se persigue su reducción, sino la remoción de obstáculos al mercado interior.

Pero, si bien las primeras intervenciones legislativas de la Unión Europea en materia contractual respondieron a fines puramente mercantilistas (junto a los laborales), las sucesivas han intentado promover los valores de la persona en todos los ámbitos, de ahí la progresiva incidencia del principio de no discriminación en el contrato.

Dicha preocupación del legislador comunitario por la regulación del principio general de no discriminación y de las medidas específicas para garantizar la efectividad del mismo más allá del ámbito laboral resulta evidente en la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual presentada en 2008¹⁹, la cual, tal y como expresa en su Exposición de Motivos, pretende crear un marco para la prohibición de la discriminación por estos motivos y establece un nivel mínimo homogéneo de protección en la Unión Europea para las personas que han sufrido una discriminación de este tipo. De este modo, buscaba garantizar un nivel mínimo uniforme de protección en la UE en ámbitos no laborales como, por ejemplo, los bienes y servicios, la educación, la atención médica y las ventajas sociales. Sin embargo, dicha propuesta fue retirada en febrero de 2025 por falta de un acuerdo previsible entre los Estados miembros de la UE, pero se ha vuelto a reactivar hace unos meses.

Entre las iniciativas académicas de revisión del Derecho contractual europeo²⁰, la prohibición de discriminar a la otra parte se contempló en los *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, en concreto, en el capítulo 3 (arts. 3:101 a 3:203)²¹, así como en el *Draft Common Frame of Reference* del *Study Group on a European Civil Code*, en el capítulo 2 del Libro 2 (arts. 2:101 a 2:105)²², que reconoce explícitamente el «*right not to be discriminated against*», si bien lo circunscribe a la discriminación por razón de sexo (*rectius*: género) y de origen étnico o racial y a los bienes o servicios disponibles al público, como puede comprobarse: «Art. 2:101. *Right not to be discriminated against. A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public*».

En el ámbito interno, las normas comunitarias antidiscriminatorias se incorporan a nuestro Derecho nacional²³ a través de la Ley 6/2003,

¹⁹ HERBOSA MARTÍNEZ, «Una primera aproximación a la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 5, 2020.

La propuesta puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52008PC0426>.

²⁰ Para un mayor estudio, véase NAVAS NAVARRO, «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *ADC*, 2008, pp. 1475-1490.

²¹ *Principles of the Existing EC Contract Law (acquis Principles)*, Munich, 2007, pp. 105 y ss.

²² *Principles. Definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference* (DCFR), Interim Outline Edition, Munich, 2008, pp. 108 y ss.

Para un detenido estudio, véase TOMMASI, «La non discriminazione nel “Draft Common Frame of Reference”», *Riv. crit. Dir. priv.*, 2011, pp. 119 y ss.

²³ En el Derecho alemán la transposición de las Directivas comunitarias se realizó a través de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, de 14 de agosto de 2006, la cual se

de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En cuanto a la discapacidad, si bien son destacables como normas antidiscriminatorias la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la cual preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se materializó con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ambas derogadas, junto a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, por 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 las que las tres leyes citadas pasan a integrarse en él, es innegable que las mayores intervenciones legislativas tienen lugar a partir de la ratificación por España (y por la propia Unión Europea²⁴) de la Convención de Naciones Unidas de las personas con discapacidad²⁵, la cual ha venido a cambiar radicalmente el panorama jurídico en esta materia al introducir un nuevo concepto de discapacidad, que pasa a ser considerada una cuestión de derechos humanos y no como una preocupación en materia de bienestar social, y al contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva para lograr la efectiva tutela de las personas con discapacidad.

Sus principios de no discriminación, participación e inclusión social, igualdad de oportunidades y accesibilidad se incorporaron a nuestro ordenamiento a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

El art. 5.2 del Convenio de Nueva York dispone que «los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo».

Por su parte, el art. 25, e), relativo a la salud, dispone que «los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación

aplica tanto a las cuestiones relativas al empleo como a las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social y la educación, así como a la contratación de bienes y servicios que se encuentren a disposición del público, incluso la vivienda.

²⁴ Decisión 2010/48/CE del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²⁵ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando estos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable».

Pues bien, tras detectarse numerosas prácticas discriminatorias por razón de la discapacidad en la contratación de seguros privados de asistencia sanitaria, el art. 14 de la citada Ley 26/2011 introdujo en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, conforme al mandato del art. 25, e) de la Convención, la Disposición adicional 4ª, con el siguiente tenor literal:

Disposición adicional cuarta. No discriminación por razón de discapacidad.

No se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

El giro de modelo que se produce con la Convención neoyorquina, del rehabilitador al social o de derechos humanos provoca que la discapacidad deba dejar de asociarse a la enfermedad para considerarla una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que puede presentar una persona que, al interactuar con barreras de diversa índole, le impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1, pfo. 2º). Por tanto, la discapacidad, en el ámbito de los seguros privados de asistencia sanitaria, no está necesariamente relacionada con el estado de salud previo a la contratación de la póliza. Sin embargo, las compañías aseguradoras siguen vinculando, erróneamente, discapacidad y enfermedad.

Una duda que suscita dicha Disposición adicional 4ª es a quién considera el legislador una persona con discapacidad, puesto que, si bien tenemos claro quién lo es para la Convención, ello no encaja con lo entendido en la práctica, en la que se exige un certificado administrativo de discapacidad de un grado igual o superior al 33 por 100²⁶ (por tanto, con un 32 por 100 no lo es, aunque encuentre barreras que le impidan su plena participación social en igualdad de condiciones que

²⁶ Véase Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

los demás), lo que, a nuestro juicio, no se ajusta ni a la definición ni al espíritu de dicho Tratado internacional²⁷.

Unos años más tarde y fruto de la lucha del movimiento asociativo durante no pocas décadas, la Disposición final 1ª de la Ley 4/2018, de 11 de junio, 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 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, añadió a dicha norma una Disposición Adicional única, con el siguiente texto:

Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

Asimismo, añade una Disposición final 4ª:

Disposición final cuarta. Ampliación a otras enfermedades.

El Gobierno, en el plazo de un año, presentará un proyecto de ley en el que determinará la aplicación de los principios de esta ley a otras

²⁷ En opinión de VIVAS TESÓN, «El ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS y MAYOR DEL HOYO (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, p. 409: «en Derecho español existe una clara disfunción o desajuste pues la imprescindible exigencia normativa de un reconocimiento formal de discapacidad con un grado mínimo del 33 por 100 no casa adecuadamente con la definición de discapacidad contenida en el art. 1, pfo. 2º de la Convención (“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, de modo que la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por diversas barreras que pueden ser sociales, físicas, actitudinales o jurídicas, lo que permite establecer como objetivo la eliminación de las barreras existentes de toda índole) y, por tanto, creemos que no se ajusta al modelo social de la misma como sí, en cambio, el art. 2.a) del 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, así como el art. 25 del Código penal en su redacción de 2015. Para mayor confusión, dicho certificado administrativo sigue exigiéndose para algunos actos jurídicos, pero, en cambio, no para otros, como, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Horizontal, que en su art. 10.1.b) reconoce automáticamente a los mayores de 70 años su condición de personas con discapacidad. A la vista de ello, me pregunto: hoy día, en el Ordenamiento jurídico, ¿quién es, desde el punto de vista jurídico, una persona con discapacidad?».

Según el Proyecto de Ley 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, cuya remisión a las Cortes Generales fue acordada en Consejo de Ministros el pasado 7 de julio de 2020 y actualmente en tramitación, persona con discapacidad es aquella que precisa medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica (art. 249), pero no se proporciona ninguna definición precisa que, a la vista de la disparidad de conceptos normativos existentes en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico, sería muy necesaria.

enfermedades respecto a las que pueda considerarse que se aplican los mismos efectos excluyentes en las relaciones jurídicas.

A la espera aún de cumplirse dicha promesa, aun extemporáneamente, en la expresión «otras condiciones de salud» entendemos que deben incluirse la diabetes y la COVID-19.

La misma Ley 4/2018, de 11 de junio, modifica también la Ley de contrato de seguro de 1980, a la que añade la Disposición adicional 5ª, fiel copia de la 4ª sobre no discriminación por razón de discapacidad que antes hemos reproducido:

Disposición adicional quinta. No discriminación por razón de VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

No se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA u otras condiciones de salud. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

Sabemos que el seguro es un tipo contractual singular, sobre todo, cuando se trata de un seguro de persona (asistencia sanitaria o vida), en el que el estado de salud del asegurado es clave para la valoración del riesgo y consiguiente determinación de las condiciones contractuales, entre ellas, la fijación de la prima.

Con claridad inequívoca, el legislador incluye en la regulación de seguros privados dos normas antidiscriminatorias destinadas a grupos de personas históricamente desfavorecidas y, por consiguiente, marginadas socialmente, las personas con discapacidad y las personas con VIH/SIDA²⁸.

El sector asegurador ya ha reaccionado adecuando el contenido de sus cuestionarios de salud a la COVID-19/SARS-CoV-2 y al escenario de riesgos que estamos viviendo por causa de la pandemia del coronavirus. Desconocemos si en las condiciones generales de los seguros

²⁸ Véase PÉREZ BUENO, *La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros*, Madrid, Colección CERMI, 2004, núm. 11; GONZÁLEZ CARRASCO, «La discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8, pp. 408-419; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, «La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8, pp. 421 y ss.; FUNDACIÓN ONCE, *El sector seguros y las personas con discapacidad y sus familias: dimensionamiento, análisis de barreras e identificación de oportunidades*, 2018; BOLÍVAR OÑORO/RAMIRO AVILÉS, «La contratación de seguros no obligatorios por personas con el VIH», 2016, disponible en https://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_MA_RamiroM_Bolivar_VIHySeguros.pdf.

privados, tanto de salud como de vida, van a empezar a excluir de la cobertura de la póliza a las personas que se hayan infectado o hayan desarrollado la COVID-19 (téngase en cuenta que entre ellas pueden hallarse profesionales sanitarios), como ya sucediera con el VIH/SIDA.

Otra cuestión común a ambas Disposiciones Adicionales 4ª y 5ª añadidas a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro es su inciso final: «salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente», previsión que habilita a las compañías aseguradoras a rechazar la contratación o imponer condiciones más onerosas por razón de discapacidad, VIH/SIDA u «otras condiciones de salud». Ello provoca que tras un trato diferenciado aparentemente «fundado» por parte de la compañía exista, en realidad, un trato discriminatorio. En la práctica cotidiana aseguradora, intuimos que, ante la ausencia de mecanismos de control, es lo que sucede, convirtiendo en papel mojado las previsiones normativas antidiscriminatorias en materia de seguros privados.

4. EL CONSUMIDOR VULNERABLE

No cabe duda de que la contratación de consumo constituye uno de los espacios más representativos de las actuales relaciones económicas. En dicho ámbito, el desequilibrio o asimetría entre el empresario y el consumidor y usuario genera riesgos de abusos y prácticas discriminatorias, especialmente, cuando concurren factores de vulnerabilidad social, económica, digital o circunstancial. La discriminación en el consumo no sólo afecta al principio de igualdad, sino que compromete la justicia del mercado y la cohesión social, por ello que la vulnerabilidad del consumidor justifique una protección reforzada. Para garantizar la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios el principio de no discriminación impregna la normativa de consumo y su interpretación por parte de nuestros jueces y tribunales.

En respuesta a las consecuencias sociales y económicas derivadas de la pandemia de COVID-19, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica²⁹ modificó el art. 3 del 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) y otras leyes complementarias, para incluir un apartado 2º con el siguiente tenor literal:

²⁹ El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica fue convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 4 de febrero de 2021, aprobándose su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, dando lugar a la Ley 4/2022.

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 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.

Dicha noción, procedente de normas y documentos europeos, es incorporada al TRLGDCU en 2021, pero ya antes era conocida en la legislación autonómica (con la misma expresión u otras similares) y en la normativa estatal de carácter sectorial (p. ej. en la Ley de Competencia Desleal).

Con tales términos se introduce el concepto de «persona consumidora vulnerable», figura introducida en el Derecho español para reconocer y proteger a quienes, por distintas circunstancias, no pueden ejercer sus derechos como consumidoras en condiciones de igualdad al consumidor medio. Por tanto, el legislador pretende garantizar un acceso igualitario al mercado de bienes y servicios.

De dicha definición extraemos las siguientes ideas:

— Al poder existir otras definiciones en la «normativa sectorial» (p. ej. en el sector eléctrico para acceder al bono social eléctrico³⁰), el que ofrece el art. 3.2 del TRLGDCU es un concepto general.

— Resulta, cuanto menos, curiosa la terminología utilizada, pues mientras que en el apartado primero se habla de «consumidor o usuario» en el segundo (también en la rúbrica del art. 3 y en otros preceptos, por lo que no puede considerarse un desliz sino algo intencionado) de «persona consumidora vulnerable», como si el primero no fuera también una persona. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, sería conveniente resolver dicha disparidad terminológica utilizando en el apartado segundo la expresión «consumidor vulnerable»³¹.

— Persona consumidora vulnerable solo pueden serlo las personas físicas, no las jurídicas ni las entidades sin personalidad jurídica, que sí pueden ser, en cambio, consumidores y usuarios ordinarios.

³⁰ Véase art. 3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

³¹ Como señala PALAZÓN GARRIDO, «¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios?», *Revista de Derecho civil*, vol. X, núm. 4, 2023, p. 208, «a efectos de coherencia en la técnica legislativa debería usarse en el primer párrafo el término «persona consumidora o usuaria», como hace la Ley Foral Navarra 34/2022 [art. 2.a) y b)]; o decir simplemente en el segundo párrafo «consumidor vulnerable». Personalmente prefiero esta última fórmula, más simple; además la solución alternativa obligaría al cambio de terminología en todo el TRLGDCU».

— La vulnerabilidad, que puede concurrir de forma individual o colectiva, puede ser debida a características, necesidades o circunstancias personales (edad, discapacidad³², idioma, origen, etcétera), económicas (precariedad laboral, bajo nivel de renta, sobreendeudamiento, etcétera), educativas (escasa formación, dificultades de comprensión, etcétera) o sociales (exclusión, migración, madre soltera, etc.), las cuales hacen que la persona se halle en una situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impida ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Por consiguiente, la vulnerabilidad puede ser endógena o exógena.

— La vulnerabilidad se asocia a una específica relación de consumo (p. ej. de productos y servicios financieros), de manera que una persona puede ser vulnerable en un ámbito y en otro no. En pocas palabras, ha de determinarse de manera casuística.

— Puede ser territorial (p. ej. vivir en zonas rurales), sectorial (p. ej. sector bancario o de las telecomunicaciones) o temporal (p. ej. en desempleo o enfermedad transitoria).

La introducción de este concepto amplio, relativo y dinámico³³ de persona consumidora vulnerable conlleva una especial atención y protección reforzada que se plasma en los arts. 8, 17, 18, 19, 20, 60 y 72 y se traduce, sucintamente, en la promoción de los poderes públicos de políticas específicas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos básicos reconocidos evitando trámites burocráticos complicados en el art. 8 del TRLGDCU en condiciones de igualdad (puede tratarse de desigualdad en el ejercicio de los derechos o bien un ejercicio más costoso, complicado o imposible) y en la adopción de medidas para proporcionar información accesible y comprensible (garantizándose, en su caso, la asistencia necesaria para ello) en las comunicaciones comerciales, en el etiquetado³⁴ y en la información precontractual que se suministre, fase en la que centra toda su atención el legislador³⁵.

³² Véase STS (1ª) de 07.10.2024 (ECLI: ES:TS:2024:4793), en la que se condena a un banco por incumplir los deberes de custodia de los fondos depositados en la cuenta de un cliente vulnerable por razón de su discapacidad.

³³ Véase BARCELÓ COMPTE, «El consumidor especialmente vulnerable: de la protección *class-based* a la protección *state-based*», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp. 626-653.

³⁴ En el momento del cierre del presente trabajo está en tramitación el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el etiquetado accesible de productos de consumo. Puede consultarse en <https://www.dsca.gob.es/es/consulta-publica/proyecto-real-decreto-se-regula-etiquetado-accesible-productos-consumo>. Ello se hace conforme a lo previsto en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 4/2022, la cual daba un año desde su entrada en vigor: «El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, desarrollará reglamentariamente un etiquetado en alfabeto braille, así como en otros formatos que garanticen la accesibilidad universal de aquellos bienes y productos de consumo de especial relevancia para la protección de la seguridad, integridad y calidad de vida, especialmente de las personas ciegas y con discapacidad visual como personas consumidoras vulnerables».

³⁵ Como hace ver PALAZÓN GARRIDO, «¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usua-

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, «*Libertà contrattuale e tutela costituzionale*», *Riv. crit. Dir. priv.*, 1995, pp. 39 y ss.
- BARCELÓ COMPTE, «El consumidor especialmente vulnerable: de la protección *class-based* a la protección *state-based*», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp. 626-653.
- BERCOVITZ, «El principio de igualdad y Derecho privado», *ADC*, 1990, pp. 369 y ss.
- CALAFÀ, «Le Direttive antidiscriminatorie di ‘nuova generazione’: il recepimento italiano», *Studium Iuris*, 2004, pp. 873 y ss.
- BOLÍVAR OÑORO y RAMIRO AVILÉS, «La contratación de seguros no obligatorios por personas con el VIH», 2016, disponible en https://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_MA_RamiroyM_Bolivar_VI-HySeguros.pdf.
- CALAFÀ y GOTTARDI, *Il Diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Futura Editrice, 2009.
- CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- «Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale», *Riv. Dir. civ.*, 2015, pp. 1387 y ss.
- CARRASCO PERERA, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *REDC*, 1984, pp. 39 y ss.
- CAVALCANTE CARVALHO, «Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad», en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 7, 2018, pp. 15 y ss.
- CHECCINI, «Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell’autonomia privata: spunti per una riflessione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 186 y ss.
- CHIECO, «Le nuove Direttive comunitarie sul divieto di discriminazione», *Riv. it. Dir. lav.*, 2002, I, pp. 75 y ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, «La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8, pp. 421 y ss.
- ESPOSITO, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003.
- FAVILLI, *La non discriminazione nell’Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1992.
- FUNDACIÓN ONCE, *El sector seguros y las personas con discapacidad y sus familias: dimensionamiento, análisis de barreras e identificación de oportunidades*, 2018.

rios?», *op. cit.*, pp. 216-217, «una vez que el consumidor ya ha contratado, es decir, en la etapa de ejecución del contrato de consumo, casi desaparece todo rastro de mención de la protección del consumidor vulnerable. [...] Fuera de este misterioso artículo 72.II TRLGDCU, no hay en la etapa posterior a la celebración del contrato ninguna previsión protectora del consumidor vulnerable en todo el libro II». En p. 219 afirma: «la protección del consumidor vulnerable no puede basarse sólo en el establecimiento de niveles superiores de información precontractual, sino que es precisa la protección en la fase ejecutiva del contrato (por ejemplo, simplificando los sistemas de reclamación o ampliando los plazos)».

- GALGANO, «*Libertà contrattuale e giustizia del contratto*», *Contratto e impresa. Europa*, 2005, pp. 509 y ss.
- GENTILI, «Il principio di non discriminazione nei rapporti civili», *Riv. crit. Dir. priv.*, 2009, pp. 207 y ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, «La discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8, pp. 408 y ss.
- HERBOSA MARTÍNEZ, «Una primera aproximación a la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 5, 2020.
- LA ROCCA, «Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi», en BARBERÀ (coord.), *Il nuovo Diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 289 y ss.
- *Eguaglianza e libertà contrattuale nel Diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008.
- LEIBLE Y SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München, Sellier-European Law Publishers, 2006.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MACARIO, «L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa», *Questione giustizia*, 2016, 4, pp. 52 y ss.
- MAFFEIS, «La discriminazione religiosa nel contratto», *Il Diritto Ecclesiastico*, 2006, I, pp. 55 y ss.
- «Libertà contrattuale e divieto di discriminazione», *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 2008, pp. 401 y ss.,
- *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, Giuffrè, 2007.
- «Il Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti», *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 161 y ss.
- NAVARRETTA, «Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto», *Riv. Dir. civ.*, 2014, pp. 560 ss.
- «Il contratto 'democratico' e la giustizia contrattuale», *Riv. Dir. civ.*, 2016, pp. 1262 y ss.
- NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», *ADC*, 2007, pp. 1619 y ss.
- «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *ADC*, 2008, pp. 1475-1490.
- PALAZÓN GARRIDO, «¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios?», *Revista de Derecho civil*, vol. X, núm. 4, 2023, pp. 199 y ss.
- PÉREZ BUENO, *La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros*, Madrid, Colección CERMI, 2004, núm. 11.
- PICKER, «Anti-discrimination as a Program of Private Law?», *German Law Journal*, vol. 4, núm. 8, 2003, pp. 771 y ss.
- PRADUROUGH, «Il Diritto contrattuale antidiscriminatorio italiano e francese nel quadro delle fonti europee», *Nuova giur. civ. comm.*, vol. 35, núm. 6, 2019, pp. 1377 y ss.
- RANIERI, «Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche», *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, vol. 63, fasc. 1, pp. 165 y ss.

- TOMMASI, «La non discriminazione nel “Draft Common Frame of Reference”», *Riv. crit. Dir. priv.*, 2011, pp. 119 y ss.
- ULESSI, «Diritti dei consumatori e normativa antidiscriminatoria», *Riv. Dir. impr.*, 2015, I, pp. 199 y ss.
- VIVAS TESÓN, «El ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS y MAYOR DEL HOYO (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 409 y ss.
- «El Derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 672 y ss.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 79-97
DOI: 10.37417/VSECC/03
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA VULNERABILITÀ NEL SETTORE ENERGETICO. IL QUADRO DEL DIRITTO EUROPEO E L'APPROCCIO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO*

Carla SOLINAS

*Professore Associato abilitata Ordinario di Diritto Privato
Università di Roma "Tor Vergata"*

SOMMARIO: 1. IL CLIENTE VULNERABILE E LA DIVERSA FIGURA DEL CONTRAENTE DEBOLE NEL SETTORE ENERGETICO.— 2. LE POLITICHE ENERGETICHE DELL'UNIONE EUROPEA. DAL CONTRAENTE DEBOLE AL CLIENTE ATTIVO.— 3. LA PROTEZIONE DEL CLIENTE VULNERABILE.— 4. LA RESPONSABILIZZAZIONE DEL CLIENTE VULNERABILE.— 5. CONCLUSIONI.— 6. BIBLIOGRAFIA.

1. IL CLIENTE VULNERABILE E LA DIVERSA FIGURA DEL CONTRAENTE DEBOLE NEL SETTORE ENERGETICO

È noto che non vi è una definizione generale di soggetto vulnerabile e che, al più, questa figura trovi definizione in singoli settori o contesti¹.

* Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 i por FEDER (UE).

¹ Anche nella letteratura giuridica il concetto di vulnerabilità assume sfumature differenti. Nel 2016 lo studio della Commissione europea *Consumer vulnerability across key markets in the European Union – Final report*, Publications Office, 2016 aveva rilevato l'assenza di una definizione univoca e comunemente accettata di vulnerabilità dei consumatori. Lo studio citato rinveniva che «two broad vulnerability categories emerge from the literature, namely, vulne-

Uno di questi è il settore energetico, nel quale il tema della vulnerabilità ha assunto negli anni un'importanza crescente. Nelle pagine che seguiranno analizzerò la rilevanza di questa figura nella normativa europea e in quella nazionale derivata, facendo riferimento all'esperienza italiana e concentrandomi sul mercato dell'energia elettrica.

È nel contesto nazionale che va ricercata la nozione di cliente vulnerabile, dal momento che la normativa europea, che offre la cornice della regolazione in tema di energia, rinvia a tal fine al diritto interno e si limita a fornire solo alcuni possibili indici di vulnerabilità.

L'art. 28 della Dir. (UE) 944 del 2019², rubricato «clienti vulnerabili», dispone che «il concetto di cliente vulnerabile può comprendere i livelli di reddito, la quota del reddito disponibile destinata alle spese per l'energia, l'efficienza energetica delle abitazioni, la dipendenza critica dalle apparecchiature elettriche per motivi di salute, l'età o altri criteri».

Ad esso si affianca il concetto di cliente in situazione di «povertà energetica», una condizione di particolare ed intensa vulnerabilità, specificamente considerata nel successivo art. 29, e definita all'art. 2, n. 52, della Dir. 1791 del 2023³. Quest'ultimo definisce la povertà energetica come «l'impossibilità» per una famiglia «di accedere a servizi energetici essenziali che forniscono livelli basilari e standard dignitosi di vita e salute» — compresa un'erogazione adeguata di riscaldamento, acqua calda, raffrescamento, illuminazione ed energia per alimentare gli apparecchi, nel rispettivo contesto nazionale, della politica sociale esistente a livello nazionale e delle altre politiche nazionali pertinenti — «a causa di una combinazione di fattori, tra cui almeno l'inaccessibilità economica, un reddito disponibile insufficiente, spese elevate per l'energia e la scarsa efficienza energetica delle abitazioni».

L'Italia ha delineato il concetto di cliente vulnerabile all'art. 11 del decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 210, con cui ha recepito la citata direttiva del 2019, di fatto recependo alcuni indici di vulnerabilità individuati dal legislatore europeo.

Sono, dunque, «clienti vulnerabili» i clienti civili con età superiore ai settantacinque anni; oppure i «clienti civili» con svantaggi economici o di salute (più esattamente coloro che si trovano in condizioni econo-

rability which relates to personal characteristics of the consumer and a broader concept which takes into account the transactional situations in which consumers find themselves. Most recent definitions also recognise that vulnerability is not a static condition. Consumers may move in and out of states of vulnerability and they may be vulnerable in respect of some categories of transaction but not others».

² Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE.

³ Direttiva (UE) 2023/1791 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 sull'efficienza energetica e che modifica il regolamento (UE) 2023/955.

micamente svantaggiate o che versano in condizioni di salute gravi a tal punto da necessitare dell'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica per il loro mantenimento in vita); oppure coloro presso i quali sono presenti persone che versano nelle suddette gravi condizioni di salute; oppure coloro che, ai sensi della legge, rientrano tra i soggetti con disabilità; oppure, ancora, coloro le cui utenze sono ubicate nelle isole minori non interconnesse o in strutture abitative di emergenza a seguito di eventi calamitosi.

Da ciò si evince che la vulnerabilità è una situazione personale o ambientale che comporta una particolare difficoltà nell'accesso ai servizi energetici o una significativa dipendenza dalla fornitura energetica (si pensi al caso della necessità di usufruire di macchinari elettrici per vivere). Si tratta, dunque, di una condizione che può essere di tipo economico, oppure soggettivo (ad es., l'età o lo stato di salute), oppure geografico, e che contribuisce ad identificare un particolare *status* di utente del sistema energetico. Uno stato, peraltro, potenzialmente transitorio.

La povertà energetica indica, invece, una più radicale situazione di impossibilità di accesso al servizio, che sia tale da intaccare la dignità della persona e che derivi da una combinazione di fattori (personali e/o ambientali). Si tratta di una condizione che, in ogni caso, deve caratterizzarsi per una situazione economica soggettiva di sofferenza⁴.

Oltre che per mezzo di misure di carattere pubblicistico (si pensi alle agevolazioni fiscali o ai sussidi finanziari che gli Stati membri possono riconoscere a chi versa nelle situazioni suddette⁵), la tutela delle situazioni di vulnerabilità o povertà può realizzarsi anche attraverso norme di diritto privato. Come si vedrà, infatti, anche nei rapporti contrattuali o nella partecipazione a particolari enti impegnati nella produzione o consumo di elettricità, possono assumere rilevanza le situazioni di vulnerabilità o di povertà energetica.

L'art. 28 par. 1 della Dir.(UE) 944 del 2019, a riguardo, impone agli Stati membri di assicurare effettività ai diritti e agli obblighi relativi ai clienti vulnerabili, e di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni di contratto, alle informazioni generali e ai meccanismi di risoluzione delle controversie.

⁴ Sui concetti di povertà e di vulnerabilità nel settore energetico, anche nel precedente quadro regolatorio, v. M. DE FOCATIIS, «Povertà energetica e cliente vulnerabile tra ragioni di Stato e di mercato», in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS e A. TRAVI (a cura di), *Esperienze regolatorie europea confronto nel settore dell'energia. Atti del convegno AIDEN, Milano, 3 dicembre 2015*, Assago, 2017, p. 101 ss.; M. BARTL, «The Affordability of Energy: How Much Protection for the Vulnerable Consumers?», in *Journal of Consumer Policy*, 2010, p. 225 ss.

⁵ Rientrano in questo ambito le misure che gli Stati membri sono chiamati ad adottare ex art. 28, par. 2, Dir. 944 del 2019, come la fornitura di prestazioni attraverso sistemi di assistenza sociale o un sostegno ai miglioramenti dell'efficienza energetica.

È importante sottolineare un aspetto. Non vi è coincidenza né piena sovrapponibilità tra la nozione di vulnerabilità e quella di debolezza contrattuale. Mentre la prima fa riferimento a fattori soggettivi, oggettivi o ambientali che condizionano l'accesso al servizio, la seconda esprime la scarsa capacità del contraente di negoziare con l'altra parte in situazione di parità⁶.

Come noto, già da decenni la figura del contraente debole è stata oggetto di ampia considerazione da parte del diritto europeo. Il diritto nazionale derivato ha profondamente cambiato molte delle sue più tradizionali impostazioni in tema di contratto, segnatamente per quel che riguarda l'ambito del diritto dei consumatori. All'idea tradizionale di un contratto strettamente aderente agli esiti della negoziazione tra le parti, ipotizzate di pari forza negoziale, si è sostituita quella di un contratto equo anche grazie alla normativa avente il fine di riequilibrare le posizioni tra contraenti inevitabilmente in posizioni di disparità contrattuale. I numerosi strumenti individuati dal diritto a tale scopo vanno dal divieto di clausole vessatorie ad una massiccia regolamentazione della fase precontrattuale, in particolar modo con riferimento agli obblighi informativi, fino alla predisposizione di meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie tali da rendere effettiva ed efficace la tutela dei diritti dei consumatori.

Il concetto di debolezza contrattuale si rinviene, naturalmente, anche nel settore dell'elettricità. I contratti di fornitura di energia elettrica stipulati dal «cliente domestico», quale parte contraente debole, beneficiano di un particolare regime giuridico volto a riequilibrare le posizioni dei contraenti. La normativa di settore, ad esempio, impone l'equità delle condizioni di contratto (art. 10, par. 3 e 8, Dir. 944 del 2019) o prevede numerosi obblighi informativi (art. 10, Dir. 944 del 2019).

Il concetto di vulnerabilità, però, si distingue da quello di debolezza contrattuale e, di conseguenza, anche le misure volte a rimediare alla vulnerabilità stessa non sono coincidenti con quelle della tutela del consumatore in quanto tale. Esse non mirano al riequilibrio del contratto, ma all'eliminazione o correzione dei fattori di vulnerabilità o dei loro effetti. Tali misure possono certamente comprendere quelle di tutela del consumatore, ma, come si vedrà, non si esauriscono in esse.

⁶ Sotto un altro profilo, in dottrina si segnala nel diritto dei contratti la distinzione tra vulnerabilità e debolezza del consumatore in ragione della natura non strutturale della debolezza che fonda la vulnerabilità. Scrivono M. RABITTI M. e F. BASSAN, «Dal consumatore medio al consumatore attivo», in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2024, p.154 che, oggi, «il consumatore torna ad essere non tanto e non solo un contraente debole, quanto una *persona* debole, anzi tanto debole da essere vulnerabile. Ma la sua debolezza non è strutturale, data cioè dall'asimmetria di posizione con il professionista e superabile con iniezioni di informazioni: è una debolezza che può persino fiaccare la sua capacità di autodeterminazione come singolo, e non come appartenente a una categoria protetta. È in gioco quindi la libertà di scelta consapevole in un ecosistema nuovo».

2. LE POLITICHE ENERGETICHE DELL'UNIONE EUROPEA. DAL CONTRAENTE DEBOLE AL CLIENTE ATTIVO

I diversi «pacchetti» di provvedimenti europei in tema energetico hanno riservato una considerazione sempre maggiore ai profili di debolezza contrattuale della clientela, e solo più di recente a quelli di vulnerabilità.

Le direttive di prima e seconda generazione del 1996 e del 2003⁷ avevano liberalizzato il mercato della produzione e della vendita di energia elettrica⁸. Questo ha messo le basi per consentire all'utente del servizio liberalizzato di scegliere da chi acquistare l'energia, attribuendogli quindi la possibilità di optare tra più offerte contrattuali.

Va ricordato che, al momento dell'apertura del mercato, il cliente era stato disabituato alla «scelta del contratto» da decenni di erogazione passiva. A lungo le condizioni e il prezzo della fornitura di energia erano stati solo quelli, garantiti e «rassicuranti», dell'unico contraente fornitore pubblico. Il cliente, soprattutto quello finale domestico, non era in grado di esercitare con padronanza la propria libertà contrattuale.

Tale circostanza ha richiesto innanzitutto di accompagnare l'utente a riappropriarsi dell'attitudine alla contrattazione: occorreva fornirgli tempo per «imparare» gradualmente a scegliere i contratti ed esercitare la propria libertà negoziale. In quest'ottica, accanto ad un mercato libero della vendita al dettaglio dell'energia elettrica (aperto alla concorrenza e alla libertà di scelta del contratto per i clienti ritenuti «idonei»⁹), è stato individuato un mercato nel quale il contratto di fornitura di energia elettrica è stato sottoposto ad una penetrante regolazione delle condizioni economiche e giuridiche da parte dell'Autorità indipendente pubblica di regolazione. I clienti ritenuti «non idonei» alla contrattazione sono stati collocati in questo mercato, e non hanno potuto esercitare pienamente la propria libertà contrattuale, scegliendo il fornitore e le

⁷ Per quanto riguarda l'energia elettrica v. Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica; Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. Cfr. P. CAMERON (a cura di), *Legal aspects of EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford University Press, 2005.

⁸ L'apertura alla concorrenza non aveva, invece, interessato i segmenti del trasporto, della trasformazione e della distribuzione di elettricità, perché legati alla rete unica nazionale e alle reti locali di distribuzione. Su questi temi e sulle loro implicazioni in relazione ai profili privatistici rinvio a C. SOLINAS, «Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica», in *Contratto e impresa*, 2010, p. 1368 ss.

⁹ Cfr. art. 2, n. 12, Direttiva 2003/54/CE: sono «“clienti idonei”»: i clienti che sono liberi di acquistare energia elettrica dal fornitore di propria scelta ai sensi dell'articolo 21 della presente direttiva».

condizioni giuridiche ed economiche dell'erogazione, fino al momento in cui il legislatore li ha ritenuti in grado di valutare il contratto e così di autodeterminarsi nel mercato libero¹⁰.

Il processo di riconoscimento della idoneità del cliente è stato graduale, fino al 2007, anno in cui tutti i clienti, compresi quelli «civili»¹¹ sono stati considerati idonei alla scelta contrattuale¹².

Una volta raggiunto l'obiettivo di restituire ai clienti l'attitudine alla scelta del contratto, già con la direttiva di «terza generazione» del 2009¹³ il fine è diventato irrobustire le norme in tema contrattuale: occorre che l'utente non solo fosse in grado di scegliere il contratto di fornitura di energia, ma che fosse messo nelle condizioni di scegliere al meglio e in forme ottimali anche per gli obiettivi di mercato.

Sono state rafforzate, allora, le norme sulla trasparenza contrattuale e sui diritti dei clienti. In particolare, l'art. 3, Dir. 2009/72/CE, che concerne gli «obblighi di servizio pubblico e la tutela dei consumatori», ha incaricato gli Stati membri di: garantire la possibilità del cliente di cambiare fornitore; garantire un elevato livello di protezione dei consumatori, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali e ai meccanismi di risoluzione delle controversie; assicurare che i fornitori di energia elettrica specifichino — con le fatture e nel loro materiale promozionale inviato ai clienti finali — una serie di dati relativi alla composizione dell'energia fornita e alle vie di ricorso a loro disposizione in caso di controversia. Ulteriori diritti sono stati previsti nell'Allegato 1 alla Direttiva del 2009, intitolato, appunto, «misure a tutela dei consumatori».

I clienti vulnerabili sono stati individuati quali soggetti necessitanti particolari salvaguardie dal medesimo art. 3 par. 7 della Direttiva del 2009, il quale ha chiesto agli Stati membri di adottare misure adeguate per tutelare i clienti finali, assicurando «in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione».

Dal momento dell'apertura dei mercati della produzione e della vendita di energia elettrica, sono dunque cresciute le misure di tutela del contraente debole (*i.e.* del «cliente», soprattutto quello domestico). Si è però anche registrato un importante e graduale mutamento di pro-

¹⁰ Inizialmente è stato costituito il mercato «vincolato», sostituito poi quello «di maggior tutela», fino, più di recente, al «servizio a tutele gradualì», nel quale sono collocati i clienti che non hanno scelto un fornitore di energia.

¹¹ Ex art. 1, n. 10, Direttiva 2003/54/CE: i «clienti civili» venivano individuati nei «clienti che acquistano energia elettrica per il proprio consumo domestico, escluse le attività commerciali o professionali».

¹² Cfr. art. 21, Direttiva 2003/54/CE.

¹³ Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE.

spettiva con riferimento alla figura dell'utente del servizio energetico, e dunque del cliente.

Se si ripercorre l'avvicinarsi dei provvedimenti europei nel settore, è possibile intravedervi l'allontanamento dell'idea del cliente quale mero soggetto passivo della fornitura di elettricità e parte contraente debole (come tale, semplice destinataria di politiche di tutela in tema contrattuale).

Le politiche europee mirano oggi a definire una figura attiva di utente: il cliente finale di energia elettrica è «responsabilizzato» nella cura e nella soddisfazione delle proprie esigenze¹⁴. Egli diventa parte integrante dell'organizzazione di servizi efficienti e meno inquinanti, partecipa attivamente a forme di produzione e consumo di energia, anche grazie alle nuove potenzialità che la tecnologia digitale mette a disposizione.

Nel quarto pacchetto energia del 2019¹⁵, dunque, all'utente del servizio di energia elettrica viene chiesto di più, con l'intenzione di coinvolgerlo in forme più intense nelle politiche ambientali e climatiche.

La Direttiva 944 del 2019 intravede nell'obiettivo di decarbonizzare il sistema energetico «nuove opportunità» e, grazie al progresso tecnologico, l'occasione di «nuove forme di partecipazione dei consumatori» (considerando 3), ormai ritenuti in grado di assumere un ruolo nella stessa organizzazione del servizio essenziale.

Le soluzioni che vedono l'utente del servizio impegnato in prima persona nell'organizzazione delle forme di soddisfazione del bisogno di elettricità sono varie, tutte rilevanti anche sul piano privatistico e segnatamente contrattuale.

Si va da quella nella quale da mero «consumatore» di energia egli diventa anche «produttore» (finanche potendo cederne l'eccedenza non consumata, da cui il riferimento allo stesso quale *prosumer*)¹⁶; alla possibilità di costituire nuovi soggetti di diritto (le comunità energetiche e

¹⁴ La più moderna concezione del cliente nel settore dell'energia riflette un mutamento di prospettiva più ampio, che ha interessato la figura del consumatore, sia in termini generali che in ambiti settoriali. Sul punto cfr. M. RABITTI M. e F. BASSAN, *Dal consumatore medio al consumatore attivo*, op. cit., p. 164 ss.

¹⁵ Presentato con la Comunicazione *Energia pulita per tutti gli europei* del 30 novembre 2016, COM(2016) 860 final e comprendente, tra le altre, la Direttiva (UE) 2019/944.

¹⁶ La figura del *prosumer* è ormai nota agli studi privatistici. Cfr. A.M. BENEDETTI, «Lo scambio dei ruoli ovvero l'utente che produce energia: la regolazione convenzionale dello scambio sul posto», in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario dei Diritti dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, p. 189 ss.; M. MAUGERI, «"Smart contracts", "smart grids" e "smart meters": i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/"prosumer"», in *Studi senesi*, 2020, p. 85 ss.; M. GIOBBI, *Il consumatore energetico nel prisma del nuovo quadro europeo italo-eurounitario*, Napoli, 2021. Sull'autoconsumo M. MELI, «Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing», in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 630 ss.

quella particolare ipotesi di comunità energetiche rinnovabili)¹⁷ attraverso i quali soddisfare in vario modo il proprio bisogno di elettricità; ad altre soluzioni tramite le quali come utente del servizio elettrico egli può contribuire, per contratto, a garantire caratteri del sistema elettrico quali la flessibilità, ecc. (come nel meccanismo di *demand response*¹⁸).

L'obiettivo di fondo che accomuna le varie ipotesi è rendere la produzione e il consumo di energia più vicini agli utenti¹⁹. In tal modo si ritengono raggiungibili vari benefici: ottenere dai soggetti meno spreco di elettricità, grazie ad una maggiore cura e attenzione nel soddisfacimento delle proprie esigenze effettive di energia; una maggiore accessibilità economica all'energia; una minore dipendenza del siste-

¹⁷ V. in argomento S. MONTICELLI, L. RUGGERI (a cura di), *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli, 2022; M. MELI, «Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi», in *Giur. it.*, 2023, p. 2761 ss.; L. BALESTRA, «Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici», in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, p. 2772.

¹⁸ Con il *demand response* i consumatori di energia elettrica si impegnano a modificare i propri prelievi di potenza (vale a dire il prelievo di elettricità che, in un certo momento, il cliente sta effettuando dalla rete) in risposta a segnali economici o tecnici provenienti dal sistema elettrico. Ciò consente di gestire l'esigenza di equilibrio della rete elettrica (per il cui corretto funzionamento è necessario il continuo bilanciamento tra immissione e prelievo di energia). L'intervento avviene sul lato della domanda di elettricità (il lato del consumo), piuttosto che su quello della produzione: quando devono essere soddisfatti i picchi di consumo della rete, nei momenti critici invece di aumentare sempre e solo la produzione-immissione di elettricità si cerca di ridurre o spostare i consumi di energia. Le caratteristiche della rete elettrica rendono necessario predisporre meccanismi di bilanciamento tra l'energia prodotta e immessa in rete e quella consumata. L'energia, come è noto, deve essere consumata in tempo reale o immagazzinata, nelle forme possibili, in batterie: quella prodotta e immessa nella rete di trasmissione deve essere immediatamente consumata, ed è dunque fondamentale assicurare, anche ai fini di sicurezza, la c.d. flessibilità energetica, vale a dire la capacità del sistema di garantire l'equilibrio tra domanda e offerta di energia. Per cui si dice che ad una certa produzione di energia deve corrispondere una domanda di energia equivalente, e viceversa. Questo aspetto, peraltro, è complicato in relazione alla sempre maggiore diffusione di impianti che si basano su fonti di energia rinnovabili che, quanto alla generazione di energia, non sono pienamente programmabili. Uno dei modi con cui si può garantire l'equilibrio e la flessibilità del sistema è quello di intervenire sulla domanda di energia, in modo tale da orientarla nell'arco della giornata ed evitare che essa si concentri tutta in segmenti orari nei quali quella prodotta ed immessa è in disequilibrio rispetto a quella che viene richiesta.

È in questo frangente che all'utente si può chiedere di farsi «parte attiva» in grado di influire e contribuire al corretto funzionamento del sistema, modificando le proprie abitudini di consumo e, per esempio, orientando la propria richiesta di energia verso fasce orarie con meno picchi di richiesta. A tal proposito, oltre ai classici strumenti contrattuali del prezzo della fornitura distinto per fasce orarie, si affaccia la possibilità di ricorrere a nuovi strumenti come i meccanismi di *demand response*. Tramite questi ultimi gli utenti, compresi quelli civili, possono «negoziare la loro flessibilità» (cons. 39, Direttiva n. 944/2019), ad esempio accettando contrattualmente di ridurre la propria richiesta di energia nei momenti di sua minore disponibilità in rete, in cambio di corrispettivo.

¹⁹ Non sono mancati rilievi critici su tale ipotesi, costruita sull'idea di un cliente del mercato energetico in grado di valutare i propri bisogni, individuare le migliori decisioni in relazione ai contratti energetici, comprendere la portata dei propri comportamenti, cfr. S. LAVRIJSEN, «Power to the Energy Consumers», in *European Energy and Environmental Law Review*, 2017, p. 172 ss.

ma produttivo di elettricità dai circuiti industriali, normalmente più inquinanti. Come si afferma nel cons. 10 della Direttiva n. 944/2019, «responsabilizzando i consumatori e fornendo loro gli strumenti per partecipare maggiormente al mercato, compresa la partecipazione in modi nuovi, si vuole che i cittadini nell'Unione beneficino del mercato interno dell'energia elettrica e che l'Unione raggiunga gli obiettivi che si è data in materia di energia rinnovabile»²⁰.

Sul fronte interno, l'Italia ha recepito la Direttiva del 2019 con il citato decreto legislativo 210 del 2021, attuandone le prescrizioni e integrandone le previsioni.

L'utente finale diventa, allora, «cliente attivo» del servizio, in quanto in grado, singolarmente o collettivamente, di produrre energia elettrica per il proprio consumo, di accumulare o vendere l'energia elettrica autoprodotta, o di partecipare a meccanismi di efficienza energetica o di flessibilità, eventualmente per mezzo di un soggetto aggregatore, senza che ciò costituisca la propria attività commerciale o professionale principale (v. art. 3, d. l.vo 210 del 2021).

Nella nuova regolamentazione del settore, l'informazione e la partecipazione attiva dei clienti finali, insieme alla protezione di quelli vulnerabili e in condizione di povertà energetica, assurgono a principi generali di disciplina e regolazione del mercato dell'energia elettrica (art. 1, co. 1, d. l.vo 210 del 2021).

Ai sensi dell'art. 14 d. l.vo 2010/2021, pertanto, i clienti finali «hanno il diritto di partecipare al mercato in qualità di clienti attivi», ed in particolare «hanno il diritto di prendere parte a meccanismi di flessibilità e a meccanismi di efficienza energetica» (lett. c).

Se con riferimento alla figura del cliente della fornitura elettrica si è assistito all'evoluzione normativa sopra descritta, occorre domandarsi se un tale percorso abbia interessato anche la figura del cliente vulnerabile. Quest'ultima, come detto, è certamente stata presa in considerazione dal legislatore, in primo luogo come soggetto destinatario di particolari salvaguardie e garanzie, anche in ragione della natura essenziale del bene elettricità (v. già il citato art. 3, Dir. 2009/72/CE). A tal fine, occorrerà fare innanzitutto alcuni riferimenti alle particolari misure di protezione riconosciute a tale figura nell'ordinamento italiano, per poi domandarsi se il cliente vulnerabile sia stato reso partecipe del processo di responsabilizzazione che ha interessato in via generale il cliente del settore elettrico.

²⁰ V. altresì la Comunicazione *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici* (COM/2015/080 final): «la nostra visione è quella di un'Unione dell'energia che mette in primo piano i cittadini che svolgono un ruolo attivo nella transizione energetica, si avvantaggiano delle nuove tecnologie per pagare di meno e partecipano attivamente al mercato, e che tutela i consumatori vulnerabili».

3. LA PROTEZIONE DEL CLIENTE VULNERABILE

Le misure di protezione associate alla vulnerabilità dei clienti nel settore energetico sono varie e consistono sia in misure di tipo pubblicistico che in misure attinenti più direttamente al diritto privato.

Sul piano teorico generale, il citato studio europeo del 2016 sulla vulnerabilità del consumatore delinea cinque «dimensioni fondamentali della vulnerabilità»: quella di chi versa in situazioni che potrebbero comportare un maggior rischio di pregiudizio per il benessere della persona in relazione ai cambiamenti del mercato; quella riferibile a coloro che hanno una capacità limitata di massimizzare le loro utilità e il loro benessere (ad esempio, la vulnerabilità riferita ai soggetti che non sono in grado di comprendere la pubblicità o gli effetti di un prodotto); quella riferita alla difficoltà di ottenere o assimilare informazioni (c.d. vulnerabilità informativa); quella in cui versano coloro che sono incapaci o impossibilitati ad acquistare, scegliere o accedere a prodotti adeguati; quella che interessa gli individui più suscettibili alle pratiche di *marketing*²¹.

Ebbene, guardando al quadro sopra delineato, una prima forma di vulnerabilità che si è presentata nel settore dell'energia elettrica è quella, diffusa e comune ad ogni soggetto, che ha interessato qualsiasi utente dei servizi elettrici liberalizzati.

Si tratta di una forma di vulnerabilità che è prevalentemente riconducibile alle prime dimensioni delineate nello studio di cui sopra. Ogni cliente si è trovato ad essere potenzialmente pregiudicato dall'apertura del mercato in ragione dell'aumento della disponibilità di offerte contrattuali che non è stato immediatamente in grado di comprendere e scegliere. La misura protettiva, come si è visto, è consistita nell'aver regolato un settore del mercato nel quale il cliente finale ha potuto godere di una specifica salvaguardia, consistente nella puntuale regolamentazione da parte dell'Autorità indipendente di settore dei contratti di fornitura di energia e dei diritti dei clienti²². Con la graduale possibilità riconosciuta a categorie di utenti considerate ormai idonee a contrattare autonomamente nel mercato libero, i clienti hanno avuto la possibilità di abbandonare il mercato vincolato e scegliere la fornitura di energia nel mercato libero. Coloro che hanno scelto di non aderire al mercato libero hanno comunque potuto continuare a beneficiare delle

²¹ *Consumer vulnerability across key markets in the European Union, op. cit.*

²² Inizialmente, prima che tutti i clienti fossero valutati idonei a contrarre nel mercato libero, il segmento di mercato regolato dall'Autorità con prezzi e condizioni da essa stabiliti era quello del «mercato vincolato». A partire dal 1 luglio 2007, allorché il mercato libero è diventato accessibile a tutti, i clienti che hanno deciso di non agire nel mercato libero hanno potuto beneficiare, appunto, del regime dei contratti offerti nel «mercato di maggior tutela», nel quale, ancora una volta, prezzo e condizioni della fornitura sono stati determinati dall'Autorità di regolazione indipendente (oggi l'ARERA, l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente).

condizioni di prezzo di contratto stabilite dall'Autorità di regolazione: essi sono stati collocati, a tal fine, nel «mercato di maggior tutela».

Una condizione più specifica di vulnerabilità, come si è visto, si è venuta delineando nella normativa più recente con riferimento a quei clienti che versano in determinate condizioni o circostanze che rendono loro difficile l'accesso all'energia oppure che si trovano in una particolare condizione di dipendenza dall'energia (art. 28 Dir. 944 del 2019 e art. 11 d.l.vo 210 del 2021).

La vulnerabilità è andata dunque a connotare non più la situazione diffusa della clientela rispetto alla comprensione delle operazioni economiche del settore elettrico (com'era al momento dell'apertura dei mercati alla libera negoziazione e negli anni immediatamente successivi), ma, in senso proprio, una specifica condizione di difficoltà, non necessariamente coincidente con la (ridotta) capacità di comprensione dell'operazione economica avente ad oggetto la fornitura di energia.

Il servizio di «maggior tutela», allora, con la disciplina dei relativi contratti, è rimasto disponibile solo per queste particolari e specifiche categorie di clienti vulnerabili²³.

Di contro, coloro che inizialmente avevano potuto beneficiare della «maggior tutela» (perché pur idonei a negoziare nel mercato libero avevano preferito non farlo), se ritenuti essere clienti *non* vulnerabili sono stati inquadrati in via transitoria tra i beneficiari del «servizio a tutele gradualì». Quest'ultimo è un regime di fornitura particolare, costituito per garantire continuità di erogazione a quei clienti domestici che, pur potendo farlo, non scelgono un'offerta nel mercato libero. Nel servizio a tutele gradualì i fornitori vengono individuati tramite aste e le condizioni economiche della fornitura sono definite dall'ARERA in considerazione di indici di mercato.

Ecco, dunque, che a misure di tipo pubblicistico prevalentemente consistenti in sussidi e *bonus* sociali (come il «*bonus* sociale per il disagio economico», uno sconto sulle bollette di energia elettrica concesso sulla base della situazione economica²⁴, oppure il «*bonus* elettrico per disagio fisico», riconoscibile ai clienti domestici affetti da grave malattia o ai clienti domestici con fornitura elettrica presso i quali viva un soggetto affetto da grave malattia, che richiede l'utilizzo di apparecchiature elettromedicali per il mantenimento in vita²⁵), per

²³ Cfr. art. 16 ter, co. 3 D.l. 6 novembre 2021 n. 152, il quale dispone che, nelle more dell'adozione delle misure per il servizio di cui all'art. 11, co. 2, d.lgs. 210 del 2021 (il servizio di vulnerabilità), « nei confronti dei clienti vulnerabili e in condizioni di povertà energetica continua ad applicarsi il servizio di tutela » di cui all'articolo 1, co. 2, del d. l. 18 giugno 2007, n. 73.

²⁴ V. la delibera 135/2025/R/eel, dell'ARERA.

²⁵ Cfr. il Decreto del Ministero della Salute 13 gennaio 2011 sull'Individuazione delle apparecchiature medico-terapeutiche alimentate ad energia elettrica necessarie per il mantenimento in vita di persone in gravi condizioni di salute.

i clienti vulnerabili del settore elettrico si configura una speciale disciplina contrattuale di tutela. Una disciplina in gran parte di secondo grado, in quanto proveniente da regolamenti dell'Autorità. Sin dal 2007 il legislatore italiano aveva specificamente attribuito all'Autorità indipendente di regolazione poteri in tema di regolamentazione dei contratti del mercato di maggior tutela. Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l'ARERA ha infatti avuto il potere di «indicare» con propri provvedimenti le «condizioni standard di erogazione del servizio», facendo salvi i «poteri di vigilanza e di intervento dell'Autorità a tutela dei diritti degli utenti, anche nei casi di verificati e ingiustificati aumenti dei prezzi e alterazioni delle condizioni del servizio per i clienti che non hanno ancora esercitato il diritto di scelta» (art. 1, co. 3, D. l. 73 del 2007²⁶).

Il «servizio di vulnerabilità»²⁷ destinato appositamente ai clienti vulnerabili dall'art. 11, co. 2, D. lvo 210 del 2021 subentrerà a quello di «maggior tutela», rimanendo pur sempre regolato dall'ARERA, tra l'altro, quanto alla definizione delle condizioni giuridiche ed economiche dei contratti di fornitura.

In definitiva, la qualifica di cliente domestico vulnerabile è la (pre) condizione per l'applicazione del peculiare regime contrattuale riconducibile al servizio di vulnerabilità e per la conseguente applicazione delle specifiche garanzie previste in materia contrattuale dall'ARERA. Ciò implica la necessità di regolamentare la fase precontrattuale allo scopo di individuare quale sia il concreto contratto che uno specifico cliente ha diritto di poter stipulare.

A tal fine, l'ARERA ha adottato un'apposita delibera contenente *Disposizioni per l'identificazione dei clienti vulnerabili nel mercato dell'energia elettrica* (Del. 383/2023/R/EEL). In particolare, tra le varie ipotesi considerate²⁸, l'art. 2 disciplina le «modalità applicative

²⁶ Decreto legge 18 giugno 2007, n. 73 «Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia», convertito convertito con modificazioni dalla L. 3 agosto 2007, n. 125.

²⁷ Cfr. art. 11, co. 2, D. lvo n. 210 del 2021, ove si dispone che, a decorrere dalla data di cessazione del servizio di maggior tutela precedentemente disciplinato, i clienti vulnerabili «hanno diritto a essere riforniti di energia elettrica, nell'ambito del servizio di vulnerabilità», con specifiche garanzie loro riconosciute e offerto «secondo le condizioni disciplinate dall'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) e a un prezzo che riflette il costo dell'energia elettrica nel mercato all'ingrosso e costi efficienti delle attività di commercializzazione del servizio medesimo, determinati sulla base di criteri di mercato». In esso, «la società Acquirente unico S.p.a. svolge, secondo condizioni e modalità stabilite dall'ARERA, la funzione di approvvigionamento centralizzato dell'energia elettrica all'ingrosso per la successiva cessione agli esercenti il servizio di vulnerabilità».

²⁸ Si disciplinano, ad esempio, anche le modalità applicative per l'identificazione dei clienti vulnerabili «già presenti nel mercato dell'energia elettrica» (art. 1 della Delibera n. 383 del 2023) e quelle per l'identificazione dei clienti vulnerabili a seguito di attivazione del servizio di ultima istanza da parte Sistema Informativo Integrato gestito da Acquirente unico (art. 3 della Delibera n. 383 del 2023).

per l'identificazione dei clienti vulnerabili in fase precontrattuale nel mercato dell'energia elettrica». Si prevede che — almeno per il momento — nel caso di stipula di un contratto con un nuovo cliente finale (per voltura o nuova attivazione) gli esercenti il servizio di maggior tutela verifichino la sussistenza dei requisiti di vulnerabilità acquisendo apposita autocertificazione del potenziale cliente.

È poi stabilito che gli esercenti il servizio a tutele graduali informino il cliente finale del fatto che, in presenza di almeno uno dei requisiti di vulnerabilità, il servizio di ultima istanza a cui egli «ha diritto» è quello di maggior tutela, e non, invece, quello a tutele graduali.

Quanto alla disciplina dei relativi contratti, l'ARERA ha adottato il c.d. «TIV», il *Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente per l'erogazione dei servizi di vendita dell'energia elettrica di ultima istanza*²⁹. Esso dispone che «i clienti aventi diritto alla maggior tutela comprendono i clienti finali domestici vulnerabili, titolari di punti di prelievo della tipologia contrattuale» specificamente indicata nella delibera (art. 8, TIV)³⁰. Il TIV detta, inoltre, criteri per individuare le condizioni economiche della fornitura (art. 10, TIV), stabilendo altresì che «gli esercenti la maggior tutela applicano le disposizioni in tema di condizioni contrattuali, trasparenza dei documenti di fatturazione e del servizio di vendita adottate dall'Autorità» (art. 13, TIV).

La protezione del cliente vulnerabile nel settore elettrico, insomma, si sviluppa in un continuo, complesso dialogo tra fonte europea e nazionale, quest'ultima rappresentata non solo da norme di rango primario, ma soprattutto di rango secondario. Ultimo ed ulteriore esempio di tale tutela multilivello è dato dalla previsione della Direttiva (UE) 2024/1711³¹, che ha parzialmente modificato la direttiva del 2019 e dettato una specifica disciplina per la protezione dalle interruzioni della fornitura (ora con-

²⁹ Allegato A alla Deliberazione 3 agosto 2023 dell'ARERA n.362/2023/t/eel recante «disposizioni per l'erogazione del servizio a tutele graduali per i clienti domestici non vulnerabili del settore dell'energia elettrica, di cui alla legge 4 agosto 2017, n. 124 (legge annuale per il mercato e la concorrenza)».

³⁰ Segnatamente, la tipologia contrattuale di cui all'art. 2 comma 2.3, lettera a) del TIV. L'art. 2.3 lett. a è riferito ai punti di prelievo nella titolarità di clienti finali domestici, da cui è prelevata energia elettrica per alimentare: «i) applicazioni in locali adibiti ad abitazioni a carattere familiare o collettivo, con esclusione di alberghi, scuole, collegi, convitti, ospedali, istituti penitenziari e strutture abitative similari; ii) applicazioni relative a servizi generali in edifici di al massimo due unità immobiliari, le applicazioni relative all'alimentazione di infrastrutture di ricarica private per veicoli elettrici e le applicazioni in locali annessi o pertinenti all'abitazione ed adibiti a studi, uffici, laboratori, gabinetti di consultazione, cantine o garage o a scopi agricoli, purché l'utilizzo sia effettuato con unico punto di prelievo per l'abitazione e i locali annessi e la potenza disponibile non superi 15 kW».

³¹ Direttiva (UE) 2024/1711 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che modifica le direttive (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944 per quanto riguarda il miglioramento dell'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione.

tenuta nel nuovo art. 28 *bis* della Dir. 944 del 2019). Ancora una volta, gli Stati membri vengono obbligati dal legislatore europeo a provvedere affinché i clienti vulnerabili e i clienti in condizioni di povertà energetica siano pienamente protetti dalle interruzioni della fornitura di energia elettrica attraverso l'adozione di misure adeguate, compresi il divieto di interruzione della fornitura o altre azioni equivalenti.

4. LA RESPONSABILIZZAZIONE DEL CLIENTE VULNERABILE

Da quanto sopra illustrato con riferimento alla figura generale di cliente del settore elettrico emerge un aspetto: un servizio pubblico essenziale come quello di fornitura di energia elettrica si è strutturato nel corso del tempo assegnando un ruolo sempre più centrale all'utente, chiamato a partecipare e contribuire in varie forme al funzionamento del servizio necessario alla soddisfazione di un proprio bisogno di base.

E dunque: da un lato, la normativa europea individua la specifica categoria dei clienti vulnerabili, rendendoli destinatari di particolare e adeguata «protezione» (art. 28, dir. 944 del 2019); dall'altro lato, sul piano generale supera l'idea del cliente quale mero soggetto da proteggere, configurandolo invece come un attore responsabilizzato delle dinamiche del mercato. Quest'ultimo ampliamento di prospettiva, però, non rimane confinato alla figura generale di cliente. Esso coinvolge anche coloro che sono destinatari della protezione e della massima tutela, ossia i clienti vulnerabili. A questi ultimi, al pari di tutti gli altri, deve essere garantita la partecipazione a tutti quei nuovi strumenti di «responsabilizzazione» del cliente che fanno dello stesso un soggetto proattivo nella produzione o nel consumo di energia.

In effetti, il progetto pubblico di responsabilizzazione della persona nella transizione verde e in quella digitale non è riservato al solo soggetto razionale e comune. Ogni individuo deve poter essere messo nelle condizioni di beneficiare delle nuove forme di partecipazione attiva nell'organizzazione dei servizi pubblici e nel loro godimento.

Lo *status* di vulnerabilità non rappresenta né può rappresentare, in quest'ottica, una forma di segregazione rispetto a ciò che agli altri utenti è consentito fare. La partecipazione attiva dell'utente offre allo stesso nuove occasioni di sviluppare la propria personalità nei contesti sociali ed economici e offre possibilità di risparmio energetico e finanziario. Impedire alla persona di beneficiare di ciò, in ragione della presenza di situazioni fattuali limitanti dovute al proprio *status* di vulnerabilità, integrerebbe una ipotesi di discriminazione ingiustificata.

Gli strumenti di partecipazione attiva dei clienti (autoconsumo, comunità energetiche, *demand response*, aggregatori di flessibilità,

ecc.) sono stati sviluppati soprattutto in relazione alle *twin transition* europee.³² Essi, si ritiene, permettono di raggiungere gli obiettivi di decarbonizzazione della produzione di energia e sono resi possibili anche dalla diffusione di nuove tecnologie che rendono le reti e i sistemi di misurazione «intelligenti».

Quelle transizioni, nell'ottica dell'Unione Europea, devono qualificarsi come «giuste», tali, cioè, da realizzarsi nel rispetto dei principi fondamentali di equità e di uguaglianza degli individui. Così, l'obiettivo espresso nel *Green Deal* europeo³³ di fare dell'Europa il primo continente a impatto climatico zero entro il 2050 richiede di intervenire sul modo di produrre e consumare l'energia. La Comunicazione *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste* del 2020 avverte che «i cambiamenti climatici e il degrado ambientale ci obbligheranno ad adattare l'economia, l'industria», ecc.³⁴ Le trasformazioni che questo percorso di transizioni implica, anche nel settore energetico devono però avvenire nel quadro del «pilastro europeo dei diritti sociali», definito dalla Commissione «la risposta europea a queste ambizioni fondamentali». Esso, si legge nella citata Comunicazione, «è la nostra strategia sociale per garantire che la transizione alla neutralità climatica, la digitalizzazione e il cambiamento demografico siano socialmente equi e giusti». Pertanto, «tutti gli europei dovrebbero avere le stesse opportunità di prosperare»³⁵. Lo stesso *Green Deal* afferma che la transizione verde deve essere «giusta e inclusiva» e «poiché la transizione determinerà cambiamenti sostanziali, la partecipazione attiva dei cittadini e la fiducia nella transizione sono fondamentali affinché le politiche possano funzionare e siano accettate». In quest'ottica, dunque, parte fondamentale delle transizioni sono le politiche di intervento su quelle forme di vulnerabilità che impediscono ad alcuni soggetti di partecipare appieno e attivamente al cambiamento.³⁶

³² Rinvio a C. SOLINAS, «Orbita e baricentro della doppia transizione dei servizi pubblici essenziali», in *Tecnologie e diritto*, 2024, p. 555 ss.; V. anche L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, dell'11.12.2019, COM(2019) 640 final.

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, del 14.1.2020, COM(2020) 14 final.

³⁵ Comunicazione *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, op. cit.

³⁶ Cfr. ancora la Comunicazione *Il Green Deal europeo*, op. cit.: «nel quadro del piano di investimenti per un'Europa sostenibile la Commissione proporrà un meccanismo e un fondo per una transizione giusta, volti a non lasciare indietro nessuno. La transizione, infatti, può avere esito positivo solo se avviene in modo equo e inclusivo, in particolare nei confronti dei gruppi più vulnerabili perché maggiormente esposti agli effetti nocivi dei cambiamenti climatici e del degrado ambientale. Nel contempo, l'esigenza di gestire la transizione comporterà profonde modifiche strutturali dei modelli d'impresa, delle competenze richieste e dei relativi prezzi, le cui ripercussioni sui cittadini varieranno in funzione della situazione sociale e geografica. Il

Quanto detto si traduce, per gli Stati, nell'obbligo di adottare politiche di rimedio alla vulnerabilità energetica non solo di tipo tutorio (con la previsione di tutele e regimi speciali di garanzia per i soggetti vulnerabili), ma altresì di tipo facilitatorio. Queste ultime potrebbero comprendere meccanismi volti a sopperire e colmare le difficoltà di accesso derivanti dai fattori di vulnerabilità, così da consentire la partecipazione attiva e responsabile al sistema energetico anche del cliente vulnerabile.

Insomma, nel settore dell'energia elettrica il cliente vulnerabile è, al contempo, tutelato e responsabilizzato.

Hanno questa *ratio*, previsioni come quella di cui all'art. 24 della Direttiva (UE) 2023/1791 sull'efficienza energetica, rubricato, appunto, «responsabilizzazione e tutela dei clienti vulnerabili e alleviamento della povertà energetica»³⁷.

In questa direzione, ad esempio, va l'intenzione di non escludere dalle comunità energetiche i clienti vulnerabili, prevedendo che gli enti locali che vi partecipano adottino iniziative per promuovere la partecipazione di tali soggetti, affinché gli stessi possano accedere ai benefici ambientali, economici e sociali assicurati dalla comunità (v. art. 11, co. 7, d.lgs 210 del 2021)³⁸.

Ancora, il nuovo art. 15 bis, par. 7, della dir. 944 del 2019, dopo aver introdotto il «diritto alla condivisione di energia» in capo almeno a «tutti» i clienti civili e alle piccole e medie imprese, chiama gli Stati membri ad adottare «misure appropriate e non discriminatorie per garantire che i clienti vulnerabili e i clienti in condizioni di povertà energetica possano accedere ai meccanismi di condivisione dell'energia». Tali misure, come quelle di sostegno finanziario o la previsione di quote di allocazione della produzione, sono funzionali a consentire anche a coloro che versano in condizioni soggettive, oggettive o ambientali di svantaggio di beneficiare delle forme collettive di autoconsumo.³⁹

punto di partenza non è lo stesso per tutti gli Stati membri, le regioni e le città coinvolte nella transizione, così come diverse sono le loro capacità di reazione».

³⁷ Cfr. altresì considerando 64: «per responsabilizzare e tutelare le persone in condizioni di povertà energetica, i clienti vulnerabili, le persone delle famiglie a basso reddito e, se del caso, le persone che vivono negli alloggi sociali e per attuare le misure strategiche in via prioritaria presso tali persone, gli Stati membri possono imporre alle parti obbligate di realizzare i risparmi energetici presso tali persone. A tal fine, gli Stati membri possono anche fissare obiettivi di riduzione dei costi energetici. Le parti obbligate potrebbero raggiungere tali traguardi promuovendo l'introduzione di misure che consentano risparmi energetici e finanziari sulle fatture energetiche, ad esempio sul versante dell'isolamento e del riscaldamento e sostenendo iniziative di risparmio energetico da parte delle comunità di energia rinnovabile e delle comunità di energia dei cittadini».

³⁸ Uno studio sulla capacità dei clienti vulnerabili di partecipare alle comunità energetiche è in F. HANKE, J. LOWITZSCH, «Empowering Vulnerable Consumers to Join Renewable Energy Communities -Towards an Inclusive Design of the Clean Energy Package», in *Energies*, 13, 2020.

³⁹ La condivisione di energia indica l'autoconsumo collettivo di energia prodotta o accumulata da impianti comuni o da altri clienti attivi della comunità. Più precisamente, ai sensi

5. CONCLUSIONI

In conclusione, è possibile ritenere che partecipazione attiva e vulnerabilità dell'utente non sono concetti antitetici, ma richiedono una specifica considerazione e modulazione nelle concrete politiche delle transizioni.

La prospettiva di principio, che intende fare anche del cliente vulnerabile un cliente attivo nel campo energetico, impone di ricercare quali siano sul piano giuridico, e per quel che qui interessa sul piano del diritto privato, gli strumenti che consentano di recuperare e risolvere il divario tra questi clienti e quelli che non versano in analoghe situazioni di difficoltà di accesso. Al momento, sono gli Stati nazionali coloro sui quali incombe questo compito⁴⁰. Nel caso italiano, come si è visto, è un compito che è portato avanti non solo dal legislatore, ma soprattutto dall'ARERA, l'Autorità indipendente di regolazione settoriale, anche attraverso la speciale regolamentazione di rango secondario dei contratti e delle forme di partecipazione attiva dei clienti.

Se, dunque, fin dalla sua origine il diritto dei consumatori ha costruito gli istituti del diritto privato contemporaneo in modo da rimediare ad un'asimmetria di potere negoziale tra il professionista (contraente forte) e il consumatore (contraente debole), oggi, come emerge dall'analisi del settore energetico, si trova a dover affrontare nuove sfide.

La disparità da colmare e correggere non è più solo quella di tipo relazionale tra contraenti (cliente-professionista), ma anche quella sociale, ossia l'asimmetria delle posizioni dei clienti che si trovano, in virtù di situazioni soggettive, ambientali, economiche, a non avere la medesima capacità di esercitare gli istituti di partecipazione attiva al mercato energetico. Ne deriva che i rimedi per la seconda forma di disparità non sono necessariamente gli stessi utili a correggere la prima.

Il tema della asimmetria negoziale è ruotato attorno al concetto di libertà della decisione del consumatore, della consapevolezza della

del nuovo art. 2, par. 10 bis della Dir. 944 del 2019 condivisione di energia è «l'autoconsumo», da parte di clienti attivi, di energia elettrica «generata o stoccata extra loco o in siti tra di essi condivisi da un impianto che possiedono, noleggiato, locano in tutto o in parte», oppure «il cui diritto è stato trasferito loro da un altro cliente attivo a pagamento o a titolo gratuito». Si legge nel cons. 22 dir. 1711 del 2024 che la condivisione dell'energia può creare resilienza di fronte agli effetti che hanno sulle bollette energetiche dei consumatori i prezzi elevati e volatili del mercato all'ingrosso; può «responsabilizzare un gruppo più ampio di consumatori ai quali vincoli finanziari o spaziali impedirebbero altrimenti di evolvere in clienti attivi, come i clienti vulnerabili e i clienti in condizioni di povertà energetica»; può favorire la diffusione delle energie rinnovabili mobilitando ulteriori investimenti di capitali privati e diversificando le modalità di remunerazione.

⁴⁰ Per una prospettiva con riferimento ai Paesi Bassi, O. HRYNKIV, S. LAVRIJSSEN, «Energy Divide: Addressing the Vulnerability of Energy Consumers in the EU and the Netherlands», in *European Energy and Environmental Law Review*, 2024, p. 16 ss.

scelta economica, della giustizia del contratto, ecc. Quei temi sono diventati centrali nell'elaborazione del moderno diritto dei contratti: gli obblighi informativi, la disciplina delle clausole vessatorie, le nullità di protezione, sono stati gli strumenti attraverso i quali il diritto ha inteso a porre rimedio a quelle forme di disequilibrio registrate nei rapporti di forza in campo economico.

Ora, la questione della disparità sociale assegna una centralità sempre maggiore ai principi di non discriminazione e uguaglianza e questo, ad esempio, almeno con riferimento al diritto privato può aprire la strada al ricorso ad istituti che hanno la funzione di colmare disparità o difficoltà di accesso ad un bene come, ad esempio, l'istituto dell'obbligo a contrarre.

6. BIBLIOGRAFIA

- AMMANNATI L. (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018.
- BALESTRA L., «Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici», in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, p. 2772.
- BARTL M., «The Affordability of Energy: How Much Protection for the Vulnerable Consumers?», in *Journal of Consumer Policy*, 2010, p. 225 ss.
- CAMERON P. (a cura di), *Legal aspects of EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford University Press, 2005.
- , *Consumer vulnerability across key markets in the European Union – Final report*, Publications Office, 2016.
- DE FOCATIIS M., «Povertà energetica e cliente vulnerabile tra ragioni di Stato e di mercato», in BRUTI LIBERATI E., DE FOCATIIS M. e TRAVI A. (a cura di), *Esperienze regolatorie europee confronto nel settore dell'energia. Atti del convegno AIDEN, Milano, 3 dicembre 2015*, Assago, 2017, p. 101 ss.
- GIOPPI M., *Il consumatore energetico nel prisma del nuovo quadro europeo italo-eurounitario*, Napoli, 2021.
- BENEDETTI A.M., «Lo scambio dei ruoli ovvero l'utente che produce energia: la regolazione convenzionale dello scambio sul posto», in G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario dei Diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, p. 189 ss.;
- HANKE F., LOWITZSCH J., «Empowering Vulnerable Consumers to Join Renewable Energy Communities -Towards an Inclusive Design of the Clean Energy Package», in *Energies*, 13, 2020.
- HRYNKIV O., LAVRIJSSEN S., «Energy Divide: Addressing the Vulnerability of Energy Consumers in the EU and the Netherland», in *European Energy and Environmental Law Review*, 2024, p. 16 ss.
- LAVRIJSSEN S., *Power to the Energy Consumers*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2017, p. 172 ss.
- MAUGERI M., «"Smart contracts", "smart grids" e "smart meters": i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/"prosumer"», in *Studi senesi*, 2020, p. 85 ss.
- MELI M., *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 630 ss.

- , «Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi», in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, p. 2761 ss.;
- MONTICELLI S., RUGGERI L. (a cura di), *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli, 2022;
- NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Annuario dei Diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, p. 189 ss.;
- RABITTI M., BASSAN F., «Dal consumatore medio al consumatore attivo», in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2024, p.154 ss.
- SOLINAS C., «Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica», in *Contratto e impresa*, 2010, p. 1368 ss.
- , «Orbita e baricentro della doppia transizione dei servizi pubblici essenziali», in *Tecnologie e diritto*, 2024, p. 555 ss.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 99-116

DOI: 10.37417/VSECC/04

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

DIGITALIZACIÓN Y VULNERABILIDAD

María Dolores HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA

Profesora titular de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1 LA NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS VULNERABLES.— 2 EL DERECHO DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL A INTERNET.— 3 UNA TRANSFORMACIÓN DIGITAL CENTRADA EN LA PERSONA.— 4 CÓMO AFECTA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LAS PERSONAS VULNERABLES.— 5 CONCLUSIONES.

1. LA NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS VULNERABLES

La Unión Europea ya en el año 2012 en la Resolución del Parlamento Europeo habló de la necesidad de una estrategia para reforzar los derechos de las personas consumidoras vulnerables e incluir en el concepto de persona consumidora vulnerable a todas aquellas que se encuentran en un estado de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera (por ejemplo el endeudamiento excesivo), o el acceso a internet.

Destaca que todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o simplemente porque experimenten dificultades para acceder a la información adecuada y entenderla y, por tanto, precisen de una protección especial.

Señala además que la diversidad de las situaciones de vulnerabilidad, tanto cuando el consumidor queda sujeto a un régimen de protección legal como cuando se encuentra en una situación de vulnerabilidad sectorial o temporal específica, dificulta un planteamiento unitario y la adopción de un instrumento legislativo global, lo cual ha propiciado que tanto la legislación como las políticas existentes aborden el problema de la vulnerabilidad caso por caso.

Subraya que la legislación europea debe abordar el problema de la vulnerabilidad entre los consumidores como una tarea transversal, teniendo en cuenta las distintas necesidades, capacidades y circunstancias de cada uno.

Los Estados miembros tienen la obligación de adoptar medidas adecuadas y de proporcionar garantías suficientes para la protección de los consumidores vulnerables.

La estrategia de los derechos de los consumidores vulnerables debe centrarse en reforzar sus derechos y propiciar que estos sean protegidos y respetados de una manera efectiva, así como facilitarles todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones adecuadas y poder mostrarse firmes, independientemente del instrumento utilizado.

Toda estrategia para abordar la vulnerabilidad de los consumidores debe ser proporcionada, de manera que no restrinja sus libertades individuales o las posibilidades de elección de los propios consumidores.

Los comportamientos sociales y de consumo deben ser analizados constantemente y de una manera cercana, así como las situaciones susceptibles de colocar en situación de vulnerabilidad a determinados colectivos o personas. Por ejemplo, analizándose las quejas de los consumidores, y así facilitar el poder poner fin a la vulnerabilidad mediante medidas específicas, si procede, con el fin de proteger a todos los consumidores, independientemente de sus capacidades y de la etapa de su vida en la que se encuentren.

La Unión Europea exige una legislación de futuro para que no se produzca ningún tipo de discriminación. Es necesario crear un marco legislativo que sienta unos parámetros de referencia específico para reforzar la posición del consumidor, sobre todo si se encuentra en una situación de indefensión, subordinación o desprotección.

Hace tiempo ya expresamos que las personas consumidoras vulnerables eran merecedoras de algo más que una Exposición de Motivos. En la actualidad la Ley 4/2022, de 25 de febrero de 2022, sobre la protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, ha puesto de manifiesto que resulta urgente considerar el concepto de persona consumidora vulnerable en la normativa estatal de defensa de las personas consumidoras, atendiendo a lo dispuesto en el art. 51 de la Constitución, en el sentido de garanti-

zar con un grado mayor de protección a los derechos en determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e incluso forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría .

No hay que olvidar que la tutela de los derechos de las personas consumidoras se ha vuelto más acuciante tras el impacto social y económico que la pandemia de la COVID-19 ha tenido sobre las prácticas de consumo.

La protección de la vulnerabilidad la viene exigiendo insistentemente la Unión Europea.

No es la primera vez que el legislador tiene en cuenta la vulnerabilidad de las personas. Lo hizo con la Ley de 23 de julio de 1908, sobre la nulidad de los contratos de préstamos usurarios, conocida como Ley de Azcárate, vigente en la actualidad, cuando habla de la situación angustiosa del prestatario, su inexperiencia o lo limitado de sus facultades para considerar un préstamo leonino.

Muy utilizada por el consumidor como bien saben los tribunales, y de la que el Tribunal Supremo, en su sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, ha llegado a decir que su flexibilidad ha permitido a la jurisprudencia ir adaptando su aplicación a las circunstancias sociales y económicas del momento. Diez años después el Tribunal Supremo se sigue pronunciando sobre la citada ley y su art. 3, como lo demuestra la reciente sentencia 350/2025, de 5 de marzo.

El art. 3 apartado 2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, tras la modificación llevada a cabo por esta Ley 4/2022, de 25 de febrero, señala que sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la condición de personas consumidoras vulnerables 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 situación de igualdad.

El concepto es el mismo que existía ya tras la entrada en vigor de la modificación del citado art.o 3, llevada a cabo por el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. No ha cambiado absolutamente nada.

La justificación para volver a incluir el concepto de persona consumidora vulnerable en esta Ley 4/2022, de 25 de febrero, sin hacer

ninguna modificación, según recoge su Exposición de Motivos, no es otra que resaltar que este artículo tiene ahora el carácter de norma básica estatal, vinculante para las Comunidades Autónomas, en aras de determinar un mínimo común de protección en todo el territorio nacional, respetando que estas, en ejercicio de sus competencias, puedan desarrollar una normativa propia que resulte más favorable para las personas consumidoras vulnerables.

La delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia relativa a la defensa de consumidores y usuarios no se define de una manera expresa en los arts. 148 y 149 de la Constitución, por lo que debe considerarse una competencia asumida por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

No obstante, la asunción como exclusiva de esta competencia por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente no excluye la capacidad estatal de incidir en la materia, dado que la competencia estatutaria tiene que relacionarse con aquellos títulos competenciales que puedan afectar a la misma y que la Constitución reserva al Estado en el art. 149.1 de la Constitución, según ha puesto de manifiesto recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia 7/2021, de 18 de marzo.

Por lo tanto, cada Comunidad Autónoma puede aprobar una legislación más favorable para el consumidor. No hay que olvidar que, en cualquier momento, cualquier persona puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad, y que, por tanto, vulnerables somos todos.

Es difícil dar un concepto de vulnerabilidad, ya que los problemas de la vulnerabilidad pueden tener causas muy distintas, surgir de situaciones muy diversas y se pueden requerir medidas de distinto tipo en cada caso.

No se puede partir de un concepto único de vulnerabilidad, sino que este se debe de adaptar a las circunstancias personales, sociales, y económicas de cada consumidor, con lo que cabe hablar de una vulnerabilidad sectorial. Pensemos, por ejemplo, en relación con la brecha digital, cuántas personas que no se encuentran familiarizadas con las nuevas tecnologías se han sentido desprotegidas en esta pandemia.

Esto resalta el carácter dinámico que tiene la vulnerabilidad, en el sentido de que una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros.

Por otra parte, la vulnerabilidad tiene, en muchas ocasiones, carácter transversal. Es muy probable que quien no pueda pagar el recibo de la luz deje de pagar el préstamo personal o no pueda tener acceso a internet simplemente por falta de ordenador. E incluso hay un componente transversal de género en relación con la mujer (edad, embarazo, violencia de género, familia monoparental). La renta anual media en

aquellas familias donde la persona de referencia es un hombre asciende a 30.531 euros, mientras si es una mujer baja a 25.198 euros. En relación con la pensión media durante el año 2024, en un hombre la cifra fue de 1.511,48 euros, mientras en la mujer bajó a 1.027,96 euros.

La transformación digital incide de una manera directa en la vulnerabilidad de las personas, lo cual está haciendo que aumente el número de personas consumidoras vulnerables, y que, además, los denominados colectivos vulnerables se hagan todavía más vulnerables.

Se puede decir que la digitalización está produciendo un aumento de la vulnerabilidad del consumidor.

Esto ocurre, por ejemplo, con todas las personas que viven en zonas rurales que se deben de enfrentar a la digitalización. Como ha puesto de manifiesto la resolución del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 2022, sobre una Visión a Largo Plazo de las Zonas Rurales de la UE, solamente uno de cada seis residentes en la Unión Europea dispone de conexión rápida a internet, y solo un 28 por 100 de adultos tienen capacidades digitales frente al 62 por 100 en las zonas urbanas.

En la UE además existen un 25 por 100 de hogares que no tienen conexión a internet, y cada vez va aumentando la población mayor de 65 años que habita en zonas rurales.

El propio Reglamento de la Unión Europea 2024 /1689, de 13 de junio, señala que la IA puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos y los derechos fundamentales que protege el Derecho de la Unión, y añade que dicho menoscabo puede ser tangible o intangible, y debe incluir los perjuicios físicos, psíquicos, sociales o económicos.

La IA debe ser una tecnología centrada en el ser humano, y además debe ser una herramienta para las personas y tener como objetivo último aumentar el bienestar humano.

Deja claro el citado Reglamento que todos los ciudadanos de la Unión Europea deben seguir disfrutando de todos los derechos y garantías que les confiere el Derecho de la Unión, incluidos los derechos relacionados con las decisiones individuales totalmente automatizadas, como la elaboración de perfiles.

2. EL DERECHO DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL A INTERNET

El derecho de accesibilidad universal a internet adquiere un papel fundamental en la transformación digital para no dejar a nadie atrás. Toda persona, con independencia del lugar de la UE en el que se encuentre, debería tener acceso a una conectividad digital asequible y de alta velocidad.

El derecho de accesibilidad universal a internet se encuentra recogido en el art. 81 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales, según el cual todos tienen derecho a acceder a internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica. Se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para todos. El acceso a internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral. El acceso a internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores. Añade además expresamente que la garantía efectiva del derecho de acceso a internet atenderá la realidad específica de los entornos rurales y el acceso a internet deberá garantizar también condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales.

Este derecho fundamental debería de tener, dada su transcendencia, un reflejo constitucional.

Es verdad que el art. 18 de la Constitución apartado 4 señala que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno uso de sus derechos.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 292 / 2000, de 30 de noviembre, comentando este art. 18 señaló que el derecho a consentir el conocimiento y tratamiento informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en cada momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometido, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

El Estatuto de la Comunidad Autónoma andaluza, tras la reforma de la ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en su art. 34 reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad de conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca.

La Constitución ha sido pionera en poner de manifiesto los peligros del uso de la informática. Pero el gran avance de las nuevas tecnologías, y los riesgos que estas pueden ocasionar en los derechos fundamentales de las personas, exige en la actualidad que en la Constitución se recoge este derecho fundamental de las personas, con la finalidad de que la transformación digital sea accesible para todos. Se deben de proteger los derechos de todas las personas y esta protección solo se consigue garantizando un acceso seguro para todos, con independencia del grado de conocimiento de las personas, y el lugar donde se encuentren.

3. UNA TRANSFORMACIÓN DIGITAL CENTRADA EN LA PERSONA

La Declaración Europea sobre de Principios y Derechos Digitales para la Década Digital, de 23 de enero de 2023, aprobada por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, pone de manifiesto que las personas constituyen el núcleo de la transformación digital de la Unión Europea, ya que la tecnología debe de servir y beneficiar a todas las personas que viven en la Unión Europea respetando sus derechos fundamentales.

Deja muy claro que la tecnología está para unir a las personas, no para dividir las. Se trata un beneficio para todos.

La transformación digital no puede dejar a nadie atrás, y hay que incluir a las personas de edad avanzada, las personas que viven en zonas rurales, las personas con discapacidad, vulnerables o privadas de derechos.

Esto ya lo puso de manifiesto la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 2022 sobre la brecha digital: diferencias sociales como consecuencia de la digitalización.

Esta Resolución ya destaca la importancia de luchar contra la brecha digital y contra la exclusión de los grupos vulnerables para que la transformación digital no deje a nadie atrás, en particular resalta la importancia de que todas las personas puedan acceder al potencial de los servicios públicos y privados. Insiste en que se debe de incluir a todas las personas en la sociedad digital independientemente de sus ingresos, situación social, localización geográfica, salud, edad, dado que las personas en las situaciones más precarias tienen más posibilidades de recurrir a procedimientos administrativos para acceder a sus derechos financieros.

Aboga por un servicio de atención al cliente centrado en el ser humano que no deje a nadie atrás.

Se resalta que la digitalización origina una serie de diferencias sociales con la aparición de una nueva brecha digital, no solo entre las zonas urbanas bien conectadas y las zonas rurales o remotas, sino también entre las personas que pueden beneficiarse plenamente de un espacio digital enriquecido, accesible y seguro, mientras otros no se pueden beneficiar.

En consecuencia, solicita y pide que se examinen cuidadosamente las necesidades de las personas en lo que respecta a los avances de la digitalización, especialmente las necesidades de los grupos vulnerables, con el fin de evaluar cómo se pueden beneficiar de estas tecnologías.

Recuerda que la discriminación tecnológica es una forma de pobreza y exclusión social que priva a algunos ciudadanos de recursos esenciales para el desarrollo y generación de riqueza. Destaca que todo el mundo debe beneficiarse de un entorno digital de máxima calidad, con servicios y herramientas fáciles de usar, eficientes y personalizados que ofrezcan niveles elevados de seguridad y privacidad, garantizando al mismo tiempo salvaguardas contra cualquier posible discriminación a la hora de acceder a los servicios básicos que requieran el uso de capacidades digitales.

Por último, hace una advertencia importante por lo que se refiere a los servicios en formato digital, y es que se debe abandonar el enfoque según el cual una parte del trabajo administrativo se traslada al usuario, y este reparto de la carga va acompañado de una transferencia de responsabilidad y de la obligación de que el usuario aprenda a utilizar la tecnología, sea autónomo y cumpla las expectativas de la administración de un usuario medio.

Esta advertencia tiene una gran transcendencia práctica a la hora de proteger a las personas consumidoras vulnerables, que se debería tener en cuenta por los tribunales, en todas aquellas ocasiones en la que las entidades intentan delegar la responsabilidad en el consumidor.

Hay que dar la oportunidad a las personas consumidoras de adaptarse a la digitalización, sobre todas las más vulnerables.

El 13 de diciembre de 2022 aprueba el Parlamento Europeo la Resolución sobre una visión a largo plazo para las zonas rurales de la Unión Europea: hacia unas zonas rurales más fuertes y conectadas, resilientes antes de 2040, la cual señala que en las zonas rurales de la Unión Europea uno de cada seis residentes no dispone de conexión rápida a internet, y solo un 28 por 100 de adultos que viven en zonas tienen capacidades digitales básicas, frente al 62 por 100 de los adultos que viven en las ciudades.

Siguen existiendo diferencias significativas entre los Estados miembros en lo que respecta a la conectividad a internet, ya que en algunos Estados hasta el 25 por 100 de los hogares rurales siguen sin tener acceso a internet.

Destaca el Parlamento Europeo que la digitalización puede dar lugar a discriminaciones sociales como consecuencia de la brecha digital, por un lado, y por otro lado resalta la brecha digital que existe entre las zonas rurales y las urbanas.

Esto es solo un reflejo de que el concepto de consumidor vulnerable con la digitalización evoluciona y se amplía. Lo que conlleva la necesidad de una estrategia de refuerzo de la protección de las personas consumidoras vulnerables.

4. CÓMO AFECTA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LAS PERSONAS VULNERABLES

La Estrategia de protección a las personas vulnerables debe ser reforzada si cabe con la llegada de los sistemas de inteligencia artificial, la cual puede llegar a explotar las vulnerabilidades de las personas.

El Reglamento (UE) de 13 de junio de 2024, por el que se establece normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial, que ha entrado en vigor el 2 de agosto de 2024, en su Considerando (29) resalta que las técnicas de manipulación que posibilita la IA pueden utilizarse para persuadir a las personas para que adopten comportamientos no deseados o para engañarlas empujándolas a tomar decisiones de manera que perjudican su autonomía y sobre todo su capacidad de decidir libremente.

En consecuencia, deben prohibirse aquellos sistemas de IA que tienen como objetivo o producen el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento humano, con la consiguiente probabilidad de que se produzcan perjuicios con efectos adversos suficientemente importantes en la salud física o mental o en los intereses financieros de las personas.

Queda prohibido la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona física o de un determinado colectivo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social y económica específica, con la finalidad o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o que le provoque perjuicios considerables.

Estas prohibiciones entraron en vigor el 2 de febrero de 2025.

Pero el Considerando (29) del citado Reglamento (UE), de 13 de junio de 2024, añade además que los sistemas de IA pueden explotar de otras maneras las vulnerabilidades de una persona o de un colectivo específico de personas derivadas de su edad, su discapacidad, en el sentido de la Directiva (UE) 2019/882, o de una situación social o económica concreta que probablemente aumente su vulnerabilidad, como vivir en condiciones de pobreza extrema o pertenecer a minorías étnicas o religiosas.

El Reglamento no da un concepto de vulnerabilidad, lo que hubiera sido deseable, pero sí que deja claro, en nuestra opinión, que cualquier persona puede ser vulnerable ante un sistema desarrollado por la IA, de tal manera que su comportamiento y su capacidad para la toma de decisiones pueden verse afectados y alterados, causándole perjuicios, además de que las personas pertenecientes a lo que llama colectivos vulnerables (por razones de edad, discapacidad, circunstancias sociales o económicas) se vuelven más vulnerables.

El Considerando (58) señala también la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas físicas que solicitan a las autoridades públicas o reciben de estas prestaciones y servicios esenciales de asistencia pública, como, servicios de asistencia sanitaria, prestaciones de seguridad social, servicios sociales que garantizan una protección como la maternidad, la enfermedad, las acciones laborales, la dependencia o la vejez, y la pérdida de empleo, asistencia social o ayuda a la vivienda, que por lo general se encuentran en una posición de vulnerabilidad respecto de las autoridades responsables.

Son calificados, además, como de alto riesgo los sistemas de IA utilizados para evaluar la calificación crediticia o solvencia de las personas físicas, ya que deciden si dichas personas pueden acceder a recursos financieros o servicios esenciales como la vivienda, la electricidad y los servicios de telecomunicaciones.

Los sistemas de IA usados con estos fines pueden discriminar a determinadas personas o colectivos y perpetuar patrones históricos de discriminación, como por motivos de origen racial o étnico, género, discapacidad, edad, orientación sexual, o generar nuevas formas de discriminación.

Los sistemas de IA destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de seguros de vida y de salud, si no se diseñan, desarrollan y utilizan debidamente pueden vulnerar sus derechos fundamentales y dar lugar a graves consecuencias para las personas.

Estos sistemas son clasificados como de alto riesgo y pueden discriminar a las personas con independencia de que pertenezcan o no a colectivos vulnerables.

Es fundamental el derecho a obtener una explicación de la decisiones automatizadas tomadas individualmente, recogido en el art. 86 del Reglamento (UE), de 13 de junio de 2024, según el cual toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despegue adopte en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo y que produzca efectos jurídicos o le afecte del mismo modo, de manera que cause o que tiene un efecto perjudicial para su salud, seguridad o sus derechos fundamentales, tiene derecho a obtener del responsable del despegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de la toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada. Dicho derecho se aplica en la medida en que el derecho previsto no esté previsto en el Derecho de la Unión.

Ya el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2016, sobre la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales en su art. 22 apartado primero, estableció que todo interesado tendrá derecho

a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efecto jurídico en él o le afecte significativamente de modo similar. Añade que este apartado no será de aplicación en primer lugar, si la decisión es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento, en segundo lugar, si está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los interés legítimos del interesado, o, en tercer lugar, que se base en el consentimiento explícito del interesado. En todo caso, en los supuestos primero y tercero, el responsable del tratamiento deberá de adoptar todas las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos, libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

El art. 15 de dicho Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, al tratar el derecho de acceso del interesado en su apartado h), en referencia a las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, habla del derecho a recibir información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

Se debe de tener en cuenta además que las decisiones automatizadas a quienes más afecta y le puede perjudicar es a las personas más vulnerables, con independencia de cuál sea la causa de su vulnerabilidad.

Recientemente el TJUE, en la sentencia de 27 de febrero de 2025 Asunto C-2023 /22, exige que a la persona afectada por la decisión automatizada se le dé una información significativa de la lógica aplicada a dicha decisión de una manera concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso.

La información significativa de la lógica aplicada a las decisiones automatizadas a efectos del art. 15 del Reglamento (UE)2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de los datos personales, consiste en describir el procedimiento y los principios concretamente aplicados de tal manera que el interesado pueda comprender cuáles de sus datos personales se han utilizado y cómo se han utilizado en la adopción de la decisión automatizada en cuestión, sin que la complejidad de las operaciones que deban realizarse para la adopción de una decisión automatizada pueda exonerar al responsable del tratamiento de su deber de explicación.

La empresa creadora de los perfiles debe de facilitar una información pertinente, concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso del procedimiento y los principios en virtud del cual se obtuvo el resultado de la elaboración del perfil real.

Esta sentencia es una muestra de cómo la decisión automatizada afecta a los más vulnerables y al mismo tiempo refleja la necesidad de una especial protección de las personas más vulnerables ante los sistemas de IA de evaluación automatizada generados para acceder a un crédito, o cómo seleccionan a las personas para poder celebrar contratos de suministros de servicios esenciales como electricidad, agua, o un contrato de seguro, que delegan en los operadores de inteligencia artificial la selección automatizada de la clientela.

En el caso concreto planteado en dicha sentencia se le deniega a la demandante, ciudadana austríaca, la prórroga de un contrato de telefonía móvil por el que pagaba diez euros al mes, porque la decisión automatizada considera no solvente a la persona que solicita la prórroga.

Este derecho aparece expresamente recogido en la Directiva (UE) 2023/ 2225, de 18 de octubre, relativa a los contratos de crédito al consumo, la cual tiene por finalidad adaptar el crédito al consumo a la digitalización dado que han aparecido nuevos productos de crédito, en particular, en el entorno en línea, y su uso sigue desarrollándose, lo cual ha generado inseguridad jurídica. Se aplica a todos los contratos de crédito de hasta 100.000 euros y se insiste en el derecho a la protección de los consumidores.

Su art. 18, apartado 8, establece expresamente que, cuando la evaluación de la solvencia implique el uso del procesamiento automatizado de datos personales, los Estados miembros velarán por que el consumidor tenga derecho a solicitar y obtener del prestamista una intervención humana que consiste en el derecho a: a) solicitar y obtener del prestamista una explicación clara y comprensible de la evaluación de solvencia, incluida la lógica y los riesgos que implica el tratamiento automatizado de datos personales, así como su significado y sus efectos en la decisión; b) expresar el punto de vista propio del consumidor al prestamista; y c) solicitar una revisión de la evaluación de la solvencia y la decisión sobre la concesión del crédito por parte del prestamista.

Los Estados velarán por que se informe al consumidor del derecho a la supervisión humana.

Esta Directiva se deberá transponer a más tardar el 20 de noviembre de 2025 y se deberán aplicar dichas medidas a partir del 20 de noviembre de 2026.

Este derecho tal y como aparece recogido en el Reglamento de Inteligencia Artificial (UE) 2024/1689, de 13 de junio, en su art. 86 y con la excepción que se establece en su apartado 3 que se aplica en la medida que el derecho previsto no este previsto en otra norma, no queda muy claro.

A nuestro juicio, este apartado sobra y el legislador comunitario no debería haber hecho ninguna matización.

El propio Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio, recoge como primer principio ético en materia de IA el derecho a la supervisión humana según el cual los sistemas de IA se desarrollan y utilizan como una herramienta al servicio de las personas, que respeta la dignidad humana y la autonomía personal, y que funciona de manera que puede ser controlada y vigilada adecuadamente por personas.

Y en su art. 14 dispone que: los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados por personas físicas durante el periodo que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano, máquinas adecuadas, y su objetivo será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando esos riesgos persisten.

Las medidas de supervisión deberán ser proporcionales a los riesgos, al nivel de autonomía y al contexto del uso del sistema de IA de alto riesgo.

La Carta de Derechos digitales del 14 de julio de 2021, elaborada por un grupo de expertos, ofrece un marco de referencia para equiparar los derechos de las personas en los mundos analógico y digital recoge como uno de derechos en materia de inteligencia artificial el derecho a la supervisión humana. Expresamente señala que las personas tienen derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada, incluso aquellas que empleen procedimientos de inteligencia artificial, que produzcan efectos jurídicos o les afecten significativamente de modo similar, salvo en los supuestos previstos en las leyes. En tales casos se reconocen los derechos a: a) solicitar una supervisión o intervención humana, b) impugnar las decisiones automatizadas o algorítmicas.

Este derecho debe de quedar reflejado como un derecho fundamental en materia de inteligencia artificial que tiene todo consumidor y el legislador así lo debe de establecer por las siguientes razones: 1º Es un principio ético fundamental en materia de IA y así lo dejaron muy claro en el año 2019 los Expertos designados por la Unión Europea en materia de IA resaltando que la IA es una herramienta al servicio de todas las personas, que debe respetar la autonomía y dignidad de las personas, y que estas tienen el derecho a la supervisión humana con la finalidad de prevenir o reducir los riesgos que conlleva la IA; 2º Así lo exige la transposición de la Directiva (UE) de 18 de octubre de 2023 relativa a los créditos al consumo en su artículo 18, apartado 8; 3º El Reglamento de Inteligencia Artificial 2024/ 1689 de 13 de junio de 2024 lo recoge expresamente en su artículos 14 y 86, este último referido al derecho que tiene toda persona a la que le afecte a exigir una

explicación de la decisión automatizada de una manera clara, concisa y accesible; 4º Evitar cuestiones prejudiciales ya que está produciendo demandas ante los tribunales de los distintos países de la Unión Europea y ante sus dudas estos están planteando cuestiones prejudiciales, como lo demuestra la reciente sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2025, asunto C- 203/2227, según la cual las personas a quienes le afecte la decisión automatizada, incluidas las de elaboración de perfiles o *scoring*, tienen derecho a la información significativa sobre la lógica aplicada a la elaboración de los perfiles, y es muy probable que no sea la última en relación a esta materia; 5º La manera de proteger a todas las personas más vulnerables es que tengan pleno conocimiento de este derecho y facilitarles su efectividad, con la finalidad de conseguir una transformación digital ética, segura e inclusiva que beneficie a todos.

Es importante también destacar que al consumidor no se le pueden trasladar responsabilidades como consecuencia de la digitalización, ni se le puede obligar a adquirir unos conocimientos en materia digital.

Esto lo ha puesto de manifiesto el Parlamento Europeo en una resolución del 13 de diciembre de 2022, sobre diferencias sociales sobre la brecha digital. En ella se destaca la importancia de la lucha contra la brecha digital y la exclusión de los grupos sociales vulnerables, para que la transformación digital no deje nadie atrás, en particular para que puedan acceder al potencial de los servicios públicos y privados. Incide en que se debe de incluir a todos los ciudadanos en la sociedad digital independientemente de sus ingresos, situación social o geográfica o edad, poniendo de manifiesto que los que se encuentran en situaciones más precarias tienen más posibilidades de tener que recurrir a procedimientos administrativos para acceder a sus derechos financieros. Aboga por un modelo del servicio al cliente centrado en el ser humano que no deje a nadie atrás.

Destaca algo muy relevante en relación con los accesos a los servicios en formato digital y es que es necesario abandonar el enfoque según el cual una parte del trabajo administrativo se traslada al usuario y este reparto de la carga va acompañado de una transferencia de responsabilidad y de la obligación de que el usuario aprenda a utilizar la tecnología, sea autónomo y cumpla las expectativas de un usuario modelo.

Esto lo ha puesto de manifiesto recientemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 14 de febrero de 2025 núm. 459. El supuesto de hecho del que trata la sentencia se refiere a un caso en el que una persona recibe un mensaje de su entidad bancaria, que se identificaba como tal, donde se le dice que a partir del 23 de febrero de 2022 no puedes utilizar tu tarjeta de crédito y tienes que activar el nuevo sistema de seguridad online.

Lo activa e inmediatamente acto seguido desaparecen de su cuenta 3.441,20 euros. Lo pone en conocimiento de la entidad y esta elude su

responsabilidad alegando que ya había avisado a sus clientes que no deberían contestar a estos mensajes.

La afectada reclama a la entidad bancaria dado que considera que es una simple consumidora y que, por tanto, carece de conocimientos financieros y el hecho de recibir el mensaje no provocó en ella ningún tipo de duda de que se trataba de su banco. Tanto el Juzgado como la Audiencia le dan la razón, ya que estiman que es imposible que un consumidor se dé cuenta del fraude. No había posibilidad de que una persona con conocimientos básicos pueda detectar la simulación. El solo hecho de ser engañado no implica la comisión de un acto grave de negligencia. Al contrario, corroborado el fraude, se disipa cualquier negligencia, y menos grave, el consumidor confía que sus ahorros están más protegidos en los bancos que en su domicilio.

La Audiencia Provincial resalta que es verdad que el art. 41,1 del Real Decreto 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago, establece que la obligación de los usuarios es la de adoptar todas las medidas razonables para proteger sus credenciales de los terceros. El mencionado Decreto establece un sistema de responsabilidad cuasi objetiva de la entidad proveedora de los servicios de pago, con inversión de la carga de la prueba, al presumirse la falta de autorización si el titular lo niega. Este sistema de responsabilidad solo cesa cuando el cliente ha actuado fraudulentamente o con negligencia clave a la hora de aplicar los medios de seguridad personalizados de que haya sido provisto. También el cliente es responsable de comunicar a la entidad el pago no autorizado, en cuanto tenga conocimiento del mismo, siempre y cuando la entidad disponga de un sistema de comunicación adecuado, gratuito y disponible en todo momento, que le permita al usuario del servicio la comunicación de la actuación fraudulenta.

Deja muy claro, a su vez, que la normativa de consumo aplicable y la naturaleza adhesiva del contrato ampara al cliente. Desde el momento en que los medios digitales se han implantado en el negocio de la actividad bancaria, el riesgo de los fraudes debe de ser soportado con carácter general por las entidades financieras. El auge económico de las entidades financieras se explica justamente por el abandono cada vez mayor de la presencialidad. La banca digital ha permitido un crecimiento exponencial de los servicios financieros con un enorme ahorro de costes. Las entidades financieras tienen la doble condición de beneficiarias y generadoras del riesgo.

Añade que no basta con medidas genéricas de protección o avisos estereotipados de cuidado, sino que la seguridad de las operaciones bancarias precisa de soluciones tecnológicas avanzadas con el fin de garantizar tanto la autenticidad como la integridad y confidencialidad de los datos.

Concluye que para los consumidores en general, y más para los que sufren la brecha digital, es difícil detectar el fraude porque la delin-

cuencia va perfeccionando el engaño. Por supuesto, desde el punto de vista jurídico, no se puede poner en el mismo plano a los clientes que a los bancos. Los clientes son las víctimas y las entidades financieras deben de responder como depositarias y custodios de nuestros ahorros. Por eso, el fraude digital, con carácter general, debe de ser soportado por quienes se lucran con dicha actividad. Hacen falta comunicaciones seguras, más formación a los clientes, más inversión en seguridad para evitar la clonación de las páginas, y si es necesario, bloquear las cuentas para la mejor protección de los clientes. No se puede olvidar que el depositante tiene derecho a la indemnidad de sus ahorros. Matiza que la responsabilidad de la banca no se agota con facilitar unas contraseñas y confiar en la providencia. Una vez corroborado el fraude, se disipa cualquier negligencia, y menos grave, porque en general nadie tiene culpa del engaño salvo que sea patente y burdo, que no es aquí el caso. Los ciberdelincuentes son cada vez más astutos y suplantan la identidad de la empresa. En consecuencia, la víctima no puede ser el cliente, será en todo caso el banco, salvo negligencias extremas.

5. CONCLUSIONES

Se debe partir del hecho de que el potencial de las tecnologías es ambivalente, y dependiendo de cómo se utilicen o regulen pueden contribuir a crear una sociedad más inclusiva y reducir las desigualdades, o pueden ampliar las desigualdades ya existentes y crear nuevas formas de discriminación.

Como conclusiones en primer lugar cabe destacar que es necesaria una estrategia de refuerzo del consumidor vulnerable. Es imprescindible insistir en la especial protección que necesitan todas las personas consumidoras vulnerables con relación a los contenidos o servicios digitales.

No es suficiente proteger especialmente solo a las personas menores de edad. La efectividad de los derechos debe ir referida a cualquier persona consumidora vulnerable.

En segundo lugar, destacaríamos la importancia del derecho a la supervisión humana y esto obliga al legislador a dejar muy claro el derecho del consumidor a una explicación lógica, clara y accesible de la decisión automatizada.

El derecho a la supervisión humana es el primer principio ético en materia de inteligencia. Lo exige además la transposición de la Directiva (UE) 2023/2225, de 18 de octubre, el cumplimiento del Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. Es necesaria para evitar que se sigan planteando cuestiones prejudiciales, ejemplo sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2025.

La Real Sociedad Matemática Española acaba de poner de manifiesto que para poder tener modelos de IA transparentes y justos que protejan a las personas más vulnerables es necesario definir algoritmos no discriminatorios que eviten los sesgos y modelos menos complejos que faciliten procedimientos explicables y que puedan ser analizados. Para definir algoritmos que se puedan utilizar deberían tratar menos variables y ser más sencillos, lo que implica aplicar restricciones.

Hay que destacar la importancia que tiene la legislación, la alfabetización y el pensamiento crítico del usuario.

La digitalización pone de manifiesto que los consumidores en cualquier momento de su vida pueden llegar a ser vulnerables, debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a la información adecuada y entenderla, y por tanto precisan de una especial protección.

Siguiendo las directrices de la Unión Europea la estrategia de refuerzo de los derechos de las personas consumidoras vulnerables en materia de digitalización debe centrarse en reforzar sus derechos y propiciar que estos sean protegidos y respetados de manera efectiva, así como de facilitarles todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones oportunas independientemente del instrumento utilizado.

Se trata de un reto que el legislador debe tener muy en cuenta de aquí al año 2030 y que debe de abordar de una manera directa, dada la evolución del concepto de persona consumidora vulnerable como consecuencia de la transformación digital, que como hemos indicado, afecta a todas las personas, para lograr una transformación digital centrada en la persona, ética, segura y fiable y al alcancé de todos.

La transformación digital constituye una herramienta de la que todas las personas tienen derecho a servirse. La digitalización debe de estar al servicio de todos.

En consecuencia, el legislador se debe plantear introducir el derecho de accesibilidad universal a internet con la finalidad de conseguir una transformación digital segura, fiable y accesible a todos, incluidos los más vulnerables.

En nuestra opinión, se debe de recoger en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, una especial protección de todas las personas consumidoras vulnerables en materia de bienes o servicios digitales. No se debe de proteger solo a las personas menores de edad, y dejar fuera a las personas de edad avanzada, las que viven en entornos rurales, las personas que tengan una discapacidad que le afecta a su capacidad de entender y querer, y a todas aquellas que por sus circunstancias sociales o económicas se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

La transformación digital para ser segura y fiable exige reformas importantes, al afectar a todas las personas sin distinción alguna.

Los algoritmos deben de estar al servicio de las personas más vulnerables.

En consecuencia, la transparencia del algoritmo debe de contribuir a la mejora del código y al fortalecimiento de su seguridad.

Se deben de extremar las cautelas de seguridad en el propio diseño y control del programa informático y permitir corregir las posibles vulnerabilidades que puedan aparecer y permitir su corrección temprana.

Para concluir, un ejemplo muy reciente lo tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo 1119/2025, del 11 de septiembre, en un asunto que afecta a los consumidores más vulnerables, como son todos los beneficiarios del bono social, ha puesto de manifiesto que los solicitantes del bono social tienen derecho a que se les expliquen los algoritmos utilizados por la administración para conceder el bono social.

Expresamente establece que el derecho de acceso a la información adquiere especial relevancia ante los riesgos que entraña el uso de las nuevas tecnologías en la prestación de servicios públicos, como sucede con el empleo de sistemas informáticos de toma de decisiones automatizadas en la actividad de las administraciones públicas, especialmente cuando tienen por objeto el reconocimiento de derechos sociales.

En estos casos se debe de proporcionar al ciudadano la información necesaria para la comprensión y el conocimiento de su funcionamiento, lo que puede requerir, en ocasiones el acceso al código fuente, a fin de posibilitar la comprobación de la conformidad del sistema algorítmico con las presiones normativas que debe aplicar.

No se debe olvidar que las decisiones automatizadas a quienes más afectan son a las personas más vulnerables, muchas de ellas produciendo un efecto directo en sus vidas.

Como señala Torres¹, conseguir la explicabilidad de la IA es esencial para poder entender por qué toma una decisión y, de alguna manera, comprender cómo razona internamente. Añade además que la opacidad de las redes neuronales es una de las mayores preocupaciones de los científicos, pues plantea el problema de la responsabilidad potencial del uso que pueda hacerse de la IA.

Existe un reto importante y no es otro que conseguir que esa explicación se encuentre al alcance de todas las personas, incluidas las más vulnerables, que por otra parte son a quienes más puede afectar y perjudicar una decisión automatizada.

¹ J. TORRES, *La inteligencia artificial explicada a los humanos*, Barcelona, Plataforma Editorial, 2023, pp. 105-106.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 117-146
DOI: 10.37417/VSECC/05
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA VULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS Y EL PAPEL DE LAS HIPOTECAS VERDES EN EL COMPLEJO CAMINO HACIA UNA TRANSICIÓN ENERGÉTICA JUSTA*

Miriam ANDERSON

Profesora agregada Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL ENCAJE DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA INMOBILIARIA EN EL DERECHO DE CONSUMO DE LA UE.— 3. LOS OBJETIVOS DE NEUTRALIDAD CLIMÁTICA DE LA UE Y SU CONEXIÓN CON LA DCI.— 4. HIPOTECAS VERDES Y CRÉDITO RESPONSABLE: 4.1. Concepto y valor añadido de las hipotecas verdes; 4.2. La correlación negativa entre hipotecas verdes y riesgo de morosidad; 4.3. Eficiencia energética y control de solvencia: 4.3.1. La tasación del inmueble; 4.3.2. La expectativa de cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito inmobiliario; 4.4. Situación actual; 5. REFLEXIONES FINALES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La posición de inferioridad del consumidor de servicios financieros es bien conocida. La relación entre una gran corporación y una persona que actúa con fines ajenos a su actividad profesional o empresarial es, por definición, desequilibrada. Y lo mismo cabe decir de pequeñas y

* Este trabajo es parte del Proyecto I+D+i PID2024-157907NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa». Los enlaces a sitios web en este capítulo han sido consultados por última vez entre el 25.10.2025 y el 29.11.2025. La autora forma parte del Instituto de investigación TransJus UB y de la *Cátedra Barcelona de Estudios de Vivienda*.

medianas empresas cuyas áreas de especialización poco o nada tienen que ver con cuestiones financieras, a menudo extraordinariamente complejas y, casi siempre, demasiado sofisticadas para la educación financiera del consumidor medio (o pequeño y mediano empresario). Con frecuencia, el producto que se adquiere se ofrece junto con otros productos vinculados o combinados, de modo que la comparación entre distintas alternativas deviene una labor titánica. Además, algunos de los servicios que ofrece el sector financiero son imprescindibles para la vida diaria, lo que genera una situación de dependencia, que se intensifica incluso más cuando es preciso acudir al crédito para cubrir necesidades básicas (entre las que hay que incluir, por supuesto, la vivienda). No en vano el reciente Reglamento de la IA clasifica el análisis de solvencia como actividad de alto riesgo, puesto que el acceso a la financiación se ha vuelto imprescindible tanto para el funcionamiento de la economía como para el desarrollo de la vida de las personas¹.

La situación del consumidor de productos financieros se complica todavía más dada la pluralidad de sujetos con los que se relaciona: entidades financieras o no, intermediarios, representantes, asesores, plataformas que pueden o no intervenir en la relación contractual y, por supuesto, compradores (y gestores) de créditos, ajenos al sistema crediticio tradicional y auspiciados por la voluntad del legislador europeo de sanear las carteras de créditos dudosos del sistema financiero, cuya inversión es, por definición, especulativa (en un sentido neutro de la expresión). Así pues, a la complejidad del producto y a la especialización del profesional se añade, para el consumidor, la dificultad de saber con quién se relaciona. Aunque la normativa sobre préstamos dudosos vela por el mantenimiento de los mismos derechos que se tenían con el acreedor original, la realidad es que al deudor no le es indiferente quién sea su acreedor, como demuestra el «escándalo» de los «prisioneros de la hipoteca» (*mortgage prisoners*) vivido en el Reino Unido² e Irlanda³ o la problemática que plantea la cesión a inversores extranjeros en Rumanía⁴.

¹ 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 (art. 6 (2), Anexo III, 5 (b), cdo. 58).

² S. NIELD y M. JORDAN, «The New UK consumer Duty: More Responsible Lending?», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 100-104.

³ M. JORDAN, «Regulation of Mortgage Lending and the Irish Housing Crisis. From Mortgage “Arrears” to Housing “Unaffordability”», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, esp. pp. 228-230.

⁴ M. JÓZON, «Mortgage Loans in Romania. (Still) Struggling with the Inheritance of the Past», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 317-394, esp. pp. 384-385 y 387-389. Poniendo el acento en el cambio de acreedor como posible vía de salida, en el mismo volumen, M. ANDERSON, «The Mortgage Credit Directive under Review», pp. 14-21.

La vulnerabilidad del consumidor de servicios financieros se acentúa ante escenarios de cambio como los que generan los avances en la digitalización y en la necesaria mitigación y adaptación al cambio climático, que a su vez revelan nuevos riesgos de exclusión.

La digitalización opera en muchos frentes, con potencial exclusión de personas que no tienen acceso, por razones diversas, a las ventajas que aporta. La centralización de los servicios financieros de atención telefónica, el cierre de oficinas e incluso la desaparición de cajeros automáticos suponen obstáculos relevantes para muchos sectores de la población. A ello se añade la irrupción de la IA en los procesos de evaluación de solvencia, con la creación de perfiles que, si bien en algunos casos pueden facilitar el acceso al crédito, multiplican el riesgo de sesgos y de errores, lo que explica la exigencia de intervención humana al menos en la fase de revisión, tal y como impone ahora la Directiva (UE) 2023/2225, de crédito al consumo (DCC 2023; art. 18.8), pero no, todavía, la Directiva 2014/17/UE, de créditos inmobiliarios (DCI), cuyo proceso de revisión se suspendió en diciembre de 2024. Tanto si se retoma esa revisión para una reformulación íntegra como si se abandona este objetivo, reformas puntuales en este sentido son precisas, también para mejorar la ya insuficiente exclusión del recurso a redes sociales establecido por la DCC 2023.

Entre los muchos aspectos en que se manifiesta la urgencia de hallar nuevos equilibrios, las líneas que siguen se centran en las posibles vías para incorporar consideraciones de sostenibilidad ambiental en el proceso de concesión de créditos, especialmente con garantía inmobiliaria, de cara a la consecución de los objetivos de renovación energética de los edificios que impone la agenda europea.

Las iniciativas tendentes a promover la financiación sostenible y, en particular, las llamadas hipotecas verdes, ponen el acento en los beneficios que genera la inversión en la renovación energética de los edificios, tanto para los implicados en la relación de crédito, como también para terceros. Sin embargo, el rápido desarrollo tecnológico, con el consiguiente riesgo de obsolescencia, y las cuantías que requiere la renovación, con el correlativo riesgo de sobreendeudamiento, ponen en duda los supuestos beneficios de aquellos programas, al tiempo que se constata que, aunque para algunos sectores de la población la financiación verde conduce ciertamente a un círculo virtuoso, respecto de otros puede contribuir a exacerbar la brecha social, dando lugar a círculos viciosos de inaccesibilidad del crédito, pobreza energética y, en definitiva, condiciones de vida deficientes.

2. EL ENCAJE DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA INMOBILIARIA EN EL DERECHO DE CONSUMO DE LA UE

Tras una evaluación impulsada por la Comisión en 2003, seguida del Libro Blanco sobre la Integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE (18 de diciembre de 2007)⁵ y de la Propuesta de Directiva (31 de marzo de 2011)⁶, la DCI constituye la primera (y única) norma de la UE cuyo objetivo es abordar la protección de los consumidores en los contratos de crédito garantizados mediante hipotecas u otros derechos reales de garantía comparables, o que guarden relación con bienes inmuebles. Las Directivas sobre crédito al consumo han excluido sistemáticamente los préstamos hipotecarios sobre bienes inmuebles, así como aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos sobre inmuebles (véanse la Directiva 87/102/CEE, arts. 2(1) (a) y 3; la DCC 2008, art. 2(2)(a) y (b); y la DCC 2023, art. 2(1)(a) y (b)). Solo los proyectos de renovación de bienes inmuebles de uso residencial, incluso si superan el importe máximo previsto para los créditos al consumo en la Directiva (DCC 2008, art. 2(2a), introducido por el art. 46 de la DCI; DCC 2023, art. 2(1)(c)) están cubiertos por la normativa sobre crédito al consumo, siempre que no se aseguren por medio hipotecas u otros tipos derechos reales vinculados al inmueble (DCC 2023, art. 2(3); véase también DCC 2008, considerando 14). Si el contrato de crédito para fines de renovación está garantizado mediante hipoteca u otra garantía comparable, se aplica la DCI.

Las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de derechos reales, la cuestión de su tratamiento registral, junto con la limitada delegación de competencias a la UE en lo que respecta a la regulación de la tenencia inmobiliaria y del derecho procesal, pueden explicar, en cierta medida, la exclusión del crédito hipotecario de las normas generales sobre crédito al consumo. No obstante, no cabe duda de que un préstamo hipotecario concedido por un profesional a un consumidor constituye crédito al consumo y requiere un marco jurídico armonizado, o al menos común, que garantice un mercado interior eficiente y un nivel adecuado de protección del consumidor.

Lo primero resulta difícil de alcanzar. A pesar de la DCI, persisten obstáculos para que la actividad transfronteriza sea una realidad en este ámbito, aunque se prevé un aumento debido a la digitalización, para lo cual la normativa sobre crédito al consumo debería estar preparada⁷.

⁵ COM(2007) 807 final.

⁶ COM/2011/0142 final - COD 2011/0062.

⁷ . EUROPEAN COMMISSION/RISK & POLICY ANALYSTS, *Evaluation of the Mortgage Credit Directive (Directive 2014/17/EU) – Final report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020, esp. pp. 204 y ss., en: <https://data.europa.eu/doi/10.2874/41965>. En el estudio

Lo segundo, en cambio, es un objetivo más realista y especialmente necesario si se tiene en cuenta que los préstamos hipotecarios (y los contratos de crédito garantizados por otras garantías comparables) suelen implicar cantidades económicas significativas. Además, la finalidad del préstamo puede ser la adquisición o conservación de derechos sobre la vivienda habitual, lo que lleva a considerar el problema subyacente, común a la mayoría de los Estados miembros de la UE, de la vivienda inasequible y/o inadecuada. Incluso si la finalidad del préstamo no es adquirir o conservar derechos sobre la vivienda habitual, gravarla con una hipoteca u otro derecho comparable puede comportar su pérdida. Ni la DCI ni la jurisprudencia del TJUE otorgan un tratamiento especial a la residencia principal del consumidor (la referencia al domicilio de la persona en el asunto *Kušionová* fue, sin duda, relevante, pero constituyó un mero *obiter dictum*)⁸. La Directiva (UE) 2021/2167, sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos, alude en su considerando 56 a la vivienda principal, aunque no se introducen distinciones en el texto final. La intención del Parlamento de desalentar la cesión de préstamos garantizados por la vivienda principal no fue adoptada, y el considerando 56 es todo lo que queda de dicha propuesta⁹.

En cualquier caso, la DCI ha tenido un impacto positivo en lo que respecta a la protección del consumidor en este ámbito¹⁰ y, al menos, ha representado un paso adelante en este terreno. Con anterioridad y durante décadas, daba la impresión de que el sector financiero permanecía ajeno a la normativa de consumo de la UE. Salvo por algunas disposiciones relativas al crédito al consumo, las operaciones bancarias

elaborado por ICF a continuación de la consulta pública formulada por la Comisión, que no se publicó hasta después de que se hubiese suspendido el proceso de revisión, se analizan tanto los obstáculos con que se encuentran los consumidores que quieren conseguir un préstamo de una entidad extranjera, a menudo denominado también en moneda extranjera, como los que se plantean a los prestamistas que pretenden operar en otro Estado miembro: EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION AND ICF, *Study on impacts of a possible revision of the Mortgage Credit Directive – Final report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2025, esp. pp. 109 y ss., en: <https://data.europa.eu/doi/10.2874/2366406>.

⁸ STJUE de 10.9.2014, *Kušionová v SMART Capital, a.s.*, (asunto C-34/13, [ECLI:EU:C:2014:2189]), §§ 62-66. Más recientemente, STJUE 9.11.2023, *SP and CI v Všeobecná úverov á banka a.s.*, (asunto C-598/21 [ECLI:EU:C:2023:845]), §§ 84, 85, 90; cfr. STJUE 27.2.2025, *Aeon Nepremičnine, d.o.o. and Others v Državni zbor Republike Slovenije*, (asunto C-674/23, [ECLI:EU:C:2025:113]), §§ 39-44.

⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales*, 14.1.2021 (A9-0003/2021), cdo. 6a, en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0003_ES.html.

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION/RISK & POLICY ANALYSTS, *Evaluation of the Mortgage Credit Directive*, cit., pp. 11, 15, 36, 45 y ss. Lo mismo se concluyó al revisar la DCC 2008: EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS AND ICF, *Evaluation of Directive 2008/48/EC – Final report*, Luxembourg, Publications Office, 2020, pp. 11-13, 27 y ss., en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/949753>.

de mayor entidad parecían quedar amuralladas por la complejidad de la normativa disciplinaria del sector, ajenas al desarrollo de la normativa de protección de consumidores. Fue a partir de la crisis financiera y económica de 2008 cuando la jurisprudencia del TJUE empezó a centrarse en el crédito inmobiliario, llegando a la inevitable conclusión de que la normativa sobre cláusulas abusivas regía también en este ámbito. La DCI ha supuesto un avance en este sentido, al crear un marco regulatorio específico. Sin embargo, la reticencia a otorgar a los consumidores el mismo nivel de protección cuando la contraparte es una entidad de crédito (o un intermediario de crédito) y la transacción involucra un inmueble, parece persistir en varios Estados miembros. Mientras que en España, como es sabido, la litigiosidad —incluida la que ha llegado al ámbito de la UE desde el célebre caso *Aziz* en 2013¹¹— ha sido muy frecuente y ha servido para depurar las carteras de préstamos hipotecarios de una serie de cláusulas abusivas, en otros Estados miembros (como los Países Bajos¹², Polonia¹³ o Rumanía¹⁴), los tribunales aún parecen rechazar la idea de que el crédito hipotecario concedido a consumidores constituya (una modalidad de) crédito al consumo.

Cuando todavía hay aspectos básicos a mejorar en cuanto a protección de consumidores, tanto por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la DCI como por lo que respecta a los supuestos patológicos de incumplimiento de obligaciones por parte del deudor, entre otros¹⁵, la legislación europea de créditos inmobiliarios necesita adaptarse a los retos de la digitalización (quizá con reformas puntuales, que eventualmente podrían incluso mejorar los dispuesto en la DCC 2023) y es preciso analizar qué papel puede desempeñar para que la transición ecológica sea, realmente, justa e inclusiva y no deje a nadie atrás.

¹¹ TJUE 14.3.2013, *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, (asunto C-415/11 [ECLI:EU:C:2013:164]).

¹² I. VISSER, «Insights and Experiences: The Mortgage Credit Directive in the Netherlands», en: M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, esp. pp. 314-315.

¹³ M. HABDAS, «Consumer Protection and Foreign Currency Mortgage Credit form the Perspective of Transposing the MCD 2014/17 in Poland», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 335 y ss.

¹⁴ JÓZON, *op. cit.*, esp. pp. 374-376, 378-379, 387-389, 390-394.

¹⁵ El estudio de impacto para la revisión de la DCI se hace eco de estas y otras cuestiones: EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION AND ICF, *Study on impacts*, *op. cit.*, pp. 60 y ss., donde se analizan con detalle problemas que persisten (la desprotección y los costes que acarrea la morosidad, la exclusión de productos de financiación de la dependencia del ámbito de aplicación de la DCI, las dificultades para cambiar de acreedor debido al gasto que supone el reembolso anticipado, por ejemplo, sin olvidar la poca efectividad de la información precontractual) y otros que han surgido con posterioridad a la aprobación de la DCI, en particular, debido a la eclosión de los mercados digitales (así, nuevos prestamistas ajenos al sistema bancario o plataformas de comparación, entre otras).

3. LOS OBJETIVOS DE NEUTRALIDAD CLIMÁTICA DE LA UE Y SU CONEXIÓN CON LA DCI

El Pacto Verde Europeo de la UE de 2019¹⁶ marcó la que sería la estrategia a seguir ante la emergencia climática, estableciendo el ambicioso objetivo de alcanzar la neutralidad climática para 2050. Este compromiso implica una transformación económica profunda: la UE necesita «repensar» sus cimientos en todos los ámbitos.

La voluntad de conseguir los objetivos marcados ha desencadenado, en los últimos años, la aceleración de la producción normativa de la UE¹⁷, que, en el ámbito del derecho privado y, en particular, de consumo, abarca desde cuestiones como la promoción de la cultura de la reparación hasta la necesidad de afrontar los cambios que introduce otra normativa reciente y, en concreto, la relativa a la transición energética. Aunque el enfoque ha evolucionado de una «transición energética» a una «transición ecológica y digital» más amplia, el sector energético sigue siendo crucial en este contexto. Las directivas sobre energías renovables¹⁸ y eficiencia energética¹⁹, han sido modificadas recientemente y otras están siendo objeto de revisión²⁰.

En este contexto, es preciso recordar que en abril de 2024 vio la luz la Directiva (UE) 2024/1275, sobre eficiencia energética de los edificios (refundición; DEEE), que se enmarca en la llamada «Oleada de renovación»²¹ y forma parte del paquete *Fit for 55*²². La primera directiva sobre eficiencia energética de los edificios de 2002²³ fue refundida en 2010²⁴ y esta última, a su vez, fue modificada en 2018²⁵. Solo seis años después, vuelve a haber nuevo texto refundido.

¹⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El Pacto Verde Europeo*, 11 diciembre 2019, COM(2019) 640 final, en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TX/T/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>. Véase también <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/european-green-deal/>

¹⁷ Cuyo punto de partida vino marcado por el Reglamento (UE) 2021/1119, «Legislación europea sobre el clima».

¹⁸ Directiva (UE) 2023/2413, sobre energías renovables.

¹⁹ Directiva (UE) 2023/1791, sobre eficiencia energética.

²⁰ Así, la Directiva 2003/96/CE, sobre imposición de los productos energéticos y la electricidad.

²¹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas*, 14 octubre 2020, COM(2020) 662 final.

²² Véase <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/fit-for-55/>

²³ Directiva 2002/91/CE.

²⁴ Directiva 2010/31/UE.

²⁵ Reglamento (UE) 2018/1999 y Directiva (UE) 2018/844.

Esto se explica porque la mayoría de los edificios en Europa no cumplen los estándares actuales de eficiencia energética, principalmente porque datan de antes de que existieran dichas normativas. Por ejemplo, en muchos países europeos, la mitad del parque residencial se construyó antes de 1970, es decir, antes de las primeras regulaciones térmicas²⁶. En España, más del 50 por 100 de las viviendas principales se construyeron antes de 1980, y aproximadamente dos millones de viviendas tienen setenta y cinco años o más, según el censo de población y viviendas de 2021²⁷. Un informe de la Comisión Europea de 2020 señalaba que el 75 por 100 del parque de edificios de la UE se considera energéticamente ineficiente²⁸. El coste de rehabilitar estos edificios antiguos para cumplir con los estándares actuales puede ser muy elevado y, en ocasiones, ni siquiera será posible, debido a condicionantes urbanísticos y de la propia construcción.

La DEEE finalmente aprobada es mucho menos ambiciosa a la hora de establecer obligaciones positivas directas a los ciudadanos para que el parque inmobiliario residencial alcance determinadas etiquetas ambientales que el Proyecto de 2021²⁹, pero traslada obligaciones con resultado semejante a los Estados miembros, que cuentan así con un margen de maniobra a la hora de determinar cómo se lleva a cabo la renovación progresiva del parque inmobiliario residencial, si bien deben priorizar las acciones en edificios menos eficientes (art. 9, apartados 2 y siguientes). Los Estados tienen que establecer la trayectoria nacional para la renovación progresiva del parque inmobiliario residencial, a más tardar, el 29 de mayo de 2026. La DEEE impone estándares mínimos para todos los edificios nuevos (art. 7), en caso de renovación importante o que afecte a la envolvente, «siempre que sea técnica, funcional y económicamente viable» (art. 8) y prevé los mínimos que los Estados deberán exigir respecto del parque inmobiliario de uso no residencial (art. 9.1). Esta directiva ha requerido ya un desarrollo por parte de la propia UE de considerables dimensiones, tanto por lo que se refiere a los estándares técnicos como por lo que respecta a la valoración económica de la viabilidad de las renovaciones³⁰.

La distinción entre inmuebles de uso residencial y de uso no residencial significa que el legislador europeo reconoce que las dificultades para particulares pueden ser importantes, especialmente cuando se trata de la vivienda habitual —y esta está en juego—. El establecimiento de

²⁶ A. GEVORGIAN *et al.*, *European Building Stock Analysis - A country by country descriptive and comparative analysis of the energy performance of buildings*, Eurac Research, 2022.

²⁷ INE, *Censo de población y viviendas 2021*, en: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=8952>

²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *En el punto de mira - La eficiencia energética de los edificios*, 17 febrero 2020, p. 1, en: https://commission.europa.eu/system/files/2020-03/in_focus_energy_efficiency_in_buildings_es.pdf

²⁹ COM(2021) 558 final.

³⁰ *Infra* notas 54-56.

obligaciones de eficiencia energética sobre viviendas que no son objeto de transmisión puede comportar un gasto en buena medida imprevisto y relevante y que no siempre será posible amortizar (señaladamente, por razones de edad). Y, sin duda, quien adquiere se enfrentará a unos precios (todavía) más altos, lo que agravará incluso más la posición de quienes acceden por primera vez al mercado de la vivienda. Por otro lado, tampoco está resuelto el llamado dilema del inversor (*split incentive*) que se genera en la relación entre arrendador y arrendatario³¹. La DEEE establece que los Estados miembros, al diseñar su plan de renovación, no deben eximir desproporcionadamente los inmuebles en alquiler (art. 9.2). Resulta sorprendente que la UE asuma que los Estados miembros tenderán a eximir de las obligaciones de renovación los edificios destinados a alquiler. En diversos sistemas son justamente este tipo de inmuebles la que primero han sido objeto de obligaciones positivas de renovar energéticamente (Inglaterra y Gales), o bien se impiden incrementos de renta si no se ha llevado a cabo previamente una mejora (Francia). En países en que el porcentaje de familias que viven en régimen de alquiler es alto, se ha ensayado la repercusión de gastos en el arrendatario sin demasiado éxito, por lo que ha sido necesario explorar otras vías (Alemania)³². En cualquier caso, no hay duda de que los Estados miembros sienten la preocupación de determinar cómo fomentar la renovación manteniendo un cierto equilibrio respecto del esfuerzo que comporta entre las partes en la relación arrendaticia³³.

Parece estar fuera de toda duda que no todos podremos asumir renovaciones energéticas en la vivienda. Para algunas personas, cualquier mejora tendrá un impacto perjudicial sobre su situación económica. Justamente por eso la UE ha ido evolucionando en la delimitación de lo que entiende como transición justa. Si bien inicialmente se hacía hincapié únicamente en no dejar atrás a los sectores de población directa-

³¹ Para un estado de la cuestión de varios Estados miembros y un análisis de los obstáculos a la renovación según deriven de la regulación de los arrendamientos, del mercado residencial y/o de la implementación de los objetivos de renovación, FEDERAL INSTITUTE FOR RESEARCH ON BUILDING, URBAN AFFAIRS AND SPATIAL DEVELOPMENT (BBSR), *Tenancy law and energy renovation in European comparison*, Bonn, 2016, en: https://www.bbsr.bund.de/BBSR/EN/publications/OnlinePublications/2016/bbsr-online-14-2016-dl.pdf?__blob=publicationFile&v=1

³² Es necesario evitar el incremento desproporcionado de la renta respecto de hogares vulnerables: COMISIÓN EUROPEA, *Oleada de renovación para Europa*, op. cit., apartado 4.1.

³³ R. M. GARCIA TERUEL, «Private law as a tool to overcome split incentives on energy efficiency in the residential rental market», en M. SANTOS SILVA et al. (eds.), *Routledge Handbook on Private Law and Sustainability*, London, Routledge, 2024, pp. 65-83; de la misma autora, «Overcoming the ‘tenant-owner dilemma’ to foster energy efficiency in residential private rented housing», *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, vol. 16 (3), 2024, p. 185-200. DOI: 10.1108/JPPLEL-02-2023-0006. Algunos apuntes también en M. ANDERSON, «La oleada de renovación energética de los edificios: adaptabilidad y limitaciones de las instituciones de derecho civil», *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 2023, pp. 122-124. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3958>

mente afectados por la descarbonización³⁴, la Comisión, en la «Oleada de renovación», empieza a admitir que la promoción de la renovación energética requiere ayudas directas y que se paguen por avanzado para no exagerar todavía más la brecha social, riesgo este que se acentuará si se generalizan las obligaciones positivas también en el ámbito residencial³⁵. Son muchos y de diversa entidad los paquetes de ayuda aprobados por la UE en este contexto, pero si los Estados miembros no son capaces de gestionarlos de manera eficiente, difícilmente cabe esperar que los particulares tengan la confianza suficiente para realizar las inversiones que se les impongan.

En cualquier caso, y aunque solo fuera a la espera de recibir ayudas públicas, la renovación energética de los edificios va a requerir financiación. El papel que puedan tener las llamadas hipotecas verdes en esta transición y la posible conveniencia de revisar la DCI para que contribuya a fomentarlas es objeto de los epígrafes que siguen.

4. HIPOTECAS VERDES Y CRÉDITO RESPONSABLE

4.1. Concepto y valor añadido de las hipotecas verdes

La delimitación de lo que constituye una financiación sostenible desde el punto de vista ambiental no es tarea fácil, dado el riesgo de ecoimpostura o *greenwashing*, y es uno de los retos a los que se enfrentan las iniciativas que procuran establecer estándares uniformes de financiación verde, promoviendo, en ocasiones, el uso de etiquetas.

A nivel europeo, la principal iniciativa en relación con el crédito inmobiliario es la Energy Efficient Mortgages Initiative (en adelante, EEMI), promovida por la Federación Hipotecaria Europea (EMF, por sus siglas en inglés) y el Consejo Europeo de Bonos Grantizados (ECBC, también por sus siglas en inglés) desde 2015, en el marco del programa Horizonte 2020.

Según la EEMI:

«EEMs are intended to finance the purchase/construction and/or renovation of both residential (single family & multi-family) and commercial buildings where there is evidence of: (1) energy performance which meets or exceeds relevant market best practice standards in line with current EU legislative requirements and/or (2) an improvement in energy performance of at least 30%»³⁶.

³⁴ Véanse, por ejemplo, los arts. 2 y 11 del Reglamento (UE) 2021/1056 («Fondo de Transición justa» y los arts. 4.5(c) y 5.3 del Reglamento (UE) 2021/1119 («Legislación europea sobre el clima»).

³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Oleada de renovación para Europa*, op. cit., apartado 4.1.

³⁶ ENERGY EFFICIENT MORTGAGES INITIATIVE, *Definition of Energy Efficient Mortgage*, 14 noviembre 2018, en: <https://energyefficientmortgages.eu/wp-content/uploads/2021/07/EEMI-Definition-14.11.18.pdf>

De conformidad con esta definición, por tanto, son hipotecas verdes o energéticamente eficientes aquellas concedidas para la adquisición, construcción o renovación de edificios residenciales, ya se trate de viviendas unifamiliares o de inmuebles integrados por diversas unidades, o no residenciales, cuando su nivel de eficiencia energética iguale o supere el marcado por los estándares que fijan las mejores prácticas del mercado en concordancia con las exigencias de la normativa de la UE en vigor en cada momento, y/o supongan una mejora de al menos un 30 por 100 en la eficiencia energética del inmueble.

La EEMI ha elaborado una etiqueta (Energy Efficient Mortgage Label, EEML), que se describe como clara y transparente para consumidores, prestamistas e inversores y cuyo objetivo es identificar las hipotecas verdes en las carteras de las entidades prestamistas y hacer más atractiva tanto su conclusión como la inversión en finalidades de sostenibilidad ambiental³⁷. Huelga decir que el EEML debe alienarse con la legislación sobre etiquetas de eficiencia energética de los edificios que recogen los certificados de eficiencia energética, cuya regulación se ha refundido (de nuevo) en la DEEE (arts. 19-21). La DEEE añade ahora otro documento, de naturaleza opcional y orientativa, denominado pasaporte de renovación (art. 12) y cuyo objetivo es proporcionar a los propietarios (y a los inversores) un mapa de las alternativas para la renovación, sea gradual o por etapas, sea integral.

Se sostiene que las hipotecas verdes benefician a todas las partes afectadas. Para los prestatarios, las principales ventajas son los menores costos energéticos, junto con un incremento en el valor del inmueble, que puede ser financiado a tipos de interés más reducidos que el habitual en el mercado. Aunque no aparece en la definición que propone la EEMI, las hipotecas verdes se caracterizan por unos tipos de interés inferiores a los que se ofrecen en operaciones hipotecarias que no incluyan el componente de sostenibilidad. En ocasiones, la reducción del tipo de interés se sustituye por otras bonificaciones. Este es, en teoría, uno de los atractivos de este tipo de financiación, que debería contribuir a impulsar la renovación energética de los edificios.

Para los prestamistas, los beneficios se traducen en el incremento de su capacidad de mitigar el riesgo de pérdidas y la disminución de la necesidad de provisionar, dada la mayor probabilidad de recuperar lo prestado en caso de impago que se ha constatado en este tipo de préstamos³⁸. Además, comportan ventajas a la hora de acceder a financiación, incluyendo por medio de la titulización de bonos verdes.

³⁷ Véase <https://www.energy-efficient-mortgage-label.org/#>.

³⁸ ENERGY EFFICIENCY DATA PROTOCOL AND PORTAL (EADPaP), *Final report on correlation analysis between energy efficiency and risk (D5.7)*, 26 agosto 2020, en https://www.aaa-h2020.eu/sites/default/files/2020-09/EeDaPP_D57_27Aug20.pdf; European Commission, Directorate-General for Energy, *The quantitative relationship between energy efficiency improvements and lower probability of default of associated loans and increased value of the underlying assets* :

La Federación Bancaria Europea y otras organizaciones habían estado demandando reformas legislativas que promovieran los bonos verdes garantizados³⁹. Frente a ello se había objetado que podrían suponer un potencial incremento de riesgo sistémico para el sistema financiero (visto el papel que jugó la titulización en la crisis de 2008), así como el hecho de que la titulización no excluye que se sigan financiado proyectos y adquisiciones con una huella de carbono elevada, puesto que ni siquiera se vinculan los beneficios obtenidos a futuras operaciones de financiación sostenible⁴⁰. A algunas de estas objeciones hace frente el Reglamento (UE) 2023/2631, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, sobre los bonos verdes europeos y la divulgación de información opcional para los bonos comercializados como bonos medioambientalmente sostenibles y para los bonos vinculados a la sostenibilidad. En concreto, define la designación del «bono verde europeo» o «BVEu» y procura alinear, aunque con cierta flexibilidad, el destino de los ingresos que generen a la taxonomía (Reglamento (UE) 2020/852), establece un sistema de registro y supervisión y ofrece plantillas opcionales de divulgación de información para los bonos comercializados como medioambientalmente sostenibles y para los bonos vinculados a la sostenibilidad en la Unión.

Por otro lado, las hipotecas verdes deberían generar también externalidades positivas relevantes, puesto que la renovación de los edificios a cuya financiación proveen comportará crecimiento económico y creación de empleo. Paralelamente, se estima que benefician a los gobiernos y a la sociedad en general por medio de la reducción de consumos energéticos y de emisiones de gases de efecto invernadero, cumpliendo así con los objetivos internacionales de emisiones y mejorando al mismo tiempo el parque de viviendas con un impacto menor en las finanzas públicas⁴¹. Sus impulsores definen este escenario como un círculo virtuoso, un *win-win* para todos.

LA UE apoya estas iniciativas como parte de su «Oleada de renovación». La financiación sostenible se incluyó ya en el subprograma de LIFE «Clean Energy Transition», cuyo objetivo es revertir las barreras a la renovación que no tengan naturaleza técnica⁴². Se han revisado el Reglamento y la Directiva de requerimientos de capital (CRR y CRD

final report on risk assessment, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2022, en <https://data.europa.eu/doi/10.2833/532126>.

³⁹ Véase <https://www.ebf.eu/sustainable-finance/green-securisation/>; Climate Bonds Initiative en <https://www.climatebonds.net/>.

⁴⁰ NGO POSITIVE MONEY, *Securitisation is back, and green finance must stray far away*, 2019, en: <https://positivemoney.org/2019/09/securitisation-is-back-and-green-finance-must-stray-far-away/>.

⁴¹ EEM – «ecosystem», en: <https://energyefficientmortgages.eu/eem-ecosystem/>

⁴² En https://cinea.ec.europa.eu/programmes/life/clean-energy-transition_en. Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia para financiar la transición a una*

IV)⁴³ para mejorar la resiliencia del sector bancario ante crisis económicas, pero también para asegurar que contribuya a la transición ecológica⁴⁴. Además, durante el proceso de revisión de la DCI, la Comisión Europea incluyó expresamente en su consulta pública, como problema preliminar, la necesidad de promover la expansión de las hipotecas verdes⁴⁵. El informe de evaluación de la DCI de 2020 había establecido que, aunque la DCI no genera obstáculos a la financiación verde, según algunos sectores implicados en el crédito inmobiliario había posibilidades de incrementar la contratación de préstamos hipotecarios verdes, y se sugirió como posible incentivo que la eficiencia energética del inmueble se tomase en cuenta a la hora de evaluar la solvencia, dado que los ingresos del prestatario no se verán reducidos por costes energéticos elevados y tipos de interés más altos y, por ello, como ya se ha apuntado, el riesgo de impago será menor⁴⁶. Sin embargo, el mismo informe señalaba que algunas asociaciones representativas de prestamistas preferían que las normas de a DCI relativas al control de solvencia se mantuviesen en el terreno de los principios, sin entrar en el detalle de los criterios o factores que deben ser tenidos en cuenta, y sostenían que el diseño de productos de financiación verde debía dejarse a las partes implicadas. Igualmente, el informe destacó que la ausencia de una definición del concepto de «hipoteca verde» y de «eficiencia energética» dificulta la recopilación de datos y supone un riesgo de ecoimpostura. Aunque la llamada «taxonomía verde Europea»⁴⁷ contiene criterios detallados acerca de la eficiencia energética de las actividades y, según la propia Comisión, los datos de 2023 mostraban que el 50 por 100 de la cartera de préstamos de los grandes bancos de la Unión financiaba actividades comprendidas en la taxonomía⁴⁸, lo cierto es que la falta de definición de lo que sea una hipoteca o un préstamo verde conduce a un panorama en que raramente las entidades financieras ofrecen reducciones en el tipo de interés relevantes y la taxonomía no incentiva a la renovación energética, al darle el mismo trato que a la obra nueva⁴⁹. Asociaciones de consumidores también apuntaron que,

economía sostenible, Estrasburgo, 6 de julio de 2021, 6 July 2021, COM/2021/390 final, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0390>.

⁴³ Reglamento (UE) 2024/1623 y Directiva 2013/36/UE, con sus modificaciones.

⁴⁴ Véase el comunicado de prensa sobre el Paquete Bancario 2021 en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5401.

⁴⁵ *Call for evidence for an impact assessment*, Ares(2021)7165942, en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=PI_COM:Ares\(2021\)7881104](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=PI_COM:Ares(2021)7881104)

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION/RISK y POLICY ANALYSTS, *Evaluation of the Mortgage Credit Directive*, cit., pp. 15 y 92 y ss.

⁴⁷ Reglamento (UE) 2020/852. Véase https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en?prefLang=es

⁴⁸ EUROPEAN COMMISSION, *The EU Taxonomy's uptake on the ground*, junio 2024, en: https://finance.ec.europa.eu/document/download/08dd5091-6df7-45ed-8dc1-2583007594c4_en?filename=240605-sustainable-finance-taxonomy-factsheet_en.pdf

⁴⁹ T. CHALAVON, C. KLINT y B. RAPANTOVA, *The EU Taxonomy in Practice: Driving Energy Efficiency Investments?*, Sciences Po Paris, abril 2025, esp. pp. 12-13, 15, en: <https://www>.

con frecuencia, para el prestatario resulta económicamente más atractiva la suscripción de productos combinados ofrecidos por el prestamista que las condiciones en que se presta con fines de renovación energética o de adquisición de inmuebles eficientes⁵⁰. Por su parte, la Autoridad Bancaria Europea (ABE), en respuesta a la petición de asesoramiento técnico sobre la revisión de la DCI formulada por la Comisión, consideró que la DCI tenía un efecto neutro sobre la aceptación de las hipotecas verdes, pero recomendó también la adopción de una definición europea armonizada⁵¹. Se ha afirmado que la definición de la EEMI no se adecuaba plenamente a la Taxonomía⁵².

Parece, por tanto, que la necesidad de una definición clara y transparente y comúnmente aceptada es uno de los grandes escollos para estimular la oferta y la demanda de hipotecas verdes. El objetivo de la EEMI es justamente este, para lo que se ayuda de la EEML. Sin embargo, la definición en que se basa el «círculo virtuoso» de su «ecosistema» carece de la suficiente concreción en cuanto a los objetivos de la inversión y, además, olvida estandarizar o, al menos, establecer unos mínimos relativos a las ventajas que deben suponer este tipo de préstamos para los consumidores.

La UE parece estar aproximándose a las hipotecas verdes y, en general, a la financiación de inversiones ambientalmente sostenibles desde muy diversos ámbitos, incluido el prudencial, tal y como se desprende de lo que precede, pero existen algunos problemas de base en el discurso que fundamenta la EEMI que conducen a cuestionar que, efectivamente, su implementación vaya a generar tantos beneficios como sería deseable.

El primero de estos problemas es el relativo a la correlación negativa entre la finalidad con impacto ambiental positivo a la que se destina la financiación obtenida y el riesgo de incumplimiento, lo que conecta directamente con el debate acerca de la conveniencia o no de incluir esa finalidad como un factor que decante hacia una evaluación positiva de la solvencia del prestatario.

sciencespo.fr/psia/chair-sustainable-development/wp-content/uploads/2025/07/Energy-Efficiency-Taxonomy-Report.pdf

⁵⁰ BEUC, *Affordable green loans: getting consumers on board of the green transition*, 14 septiembre 2021, p. 6-7, en: https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-076_affordable_green_loans.pdf

⁵¹ AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (ABE), *Opinion of the European Banking Authority on the European Commission request for technical advice on issues related to the Mortgage Credit Directive*, EBA/Op/2022/07, 23 junio 2022, p. 23, en: [https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20on%20MCD%20review%20\(EBA-Op-2022-07\)/1036068/EBA's%20response%20to%20the%20EC%20Call%20for%20advice%20on%20the%20review%20of%20MCD.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20on%20MCD%20review%20(EBA-Op-2022-07)/1036068/EBA's%20response%20to%20the%20EC%20Call%20for%20advice%20on%20the%20review%20of%20MCD.pdf). Véase también, desde la perspectiva de los consumidores, BEUC, *Affordable green loans*, op. cit., pp. 4-6,

⁵² En esta línea, véase el informe de BEUC, *Affordable green loans*, op. cit., p. 5.

4.2. La correlación negativa entre hipotecas verdes y riesgo de morosidad

Estudios que precedieron a las iniciativas que tienen como objetivo estimular la adopción de hipotecas verdes por parte de prestamistas y prestatarios revelaron que existe una correlación negativa entre la financiación con estas características y un menor riesgo de impago, junto con un incremento de valor del inmueble⁵³. Obviamente, ambas cosas benefician tanto a acreedores como a deudores. Al prestamista, porque incurre en un riesgo menor e, incluso si el incumplimiento efectivamente llega a producirse, las posibilidades de recuperar lo prestado con la ejecución del inmueble son más altas, dado su mayor valor. Para el prestatario, las ventajas se encontrarían en sus mayores probabilidades de devolver el préstamo y, si algún evento imprevisto se lo impidiese, debería resultarle más sencillo obtener el capital necesario para saldar la deuda por medio de la venta del inmueble, seguramente sin que quedase deuda residual y, quizá, obteniendo algún beneficio.

Esta correlación negativa, siempre según los referidos estudios, se explica por dos razones.

La primera es la mayor disponibilidad de ingresos por parte del prestatario, que dedica una menor proporción de los mismos a cubrir los costes de los suministros de servicios esenciales, especialmente los energéticos. Es el llamado «efecto de ahorro de energía». Aunque en la mayoría de los casos esto será así, es preciso tener en cuenta dos factores que pueden alterar esta lógica.

Por un lado, el coste de la energía es muy volátil y depende de consideraciones de mercado que, en la generalidad de los casos, siguen sin estar vinculadas a los objetivos de sostenibilidad ambiental (piénsese en el efecto de invasiones militares, como la rusa sobre Ucrania en 2022). Por otro lado, las mejoras energéticas no siempre se mantendrán en el tiempo. Como con cualquier tecnología que experimenta un rá-

⁵³ Entre otros, N. KAZA, R. QUERCIA y C. YUE TIAN, «Home Energy Efficiency and Mortgage Risks», 16 (1) *Cityscape*, 16(1), 2014, pp. 279-298; B. GUIN y P. KORHONEN, «Insulated from risk? The relationship between the energy efficiency of properties and mortgage defaults», *Bank Underground*, 16 de octubre de 2018, en <https://bankunderground.co.uk/2018/10/16/insulated-from-risk-the-relationship-between-the-energy-efficiency-of-properties-and-mortgage-defaults/>; B. GUIN y P. KORHONEN, «Does energy efficiency predict mortgage performance?», Bank of England, Staff Working Paper No. 852, enero de 2020, en <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/working-paper/2020/does-energy-efficiency-predict-mortgage-performance.pdf?la=en&hash=CC1DED249BFE86DB22A1AE70429BF235EA0325D8> Véanse también los informes de EUROPEAN ENERGY EFFICIENT MORTGAGE MARKET IMPLEMENTATION PLAN (EeMMIP, anteriormente, EeMAP), *Technical report on risk management analysis*, Ref. Ares(2019)3073260 - 08/05/2019, y *Final report on the correlation between energy efficiency and probability of default*, Ref. Ares(2019)3744929 - 12/06/2019, ambos disponibles en <https://cordis.europa.eu/project/id/746205/results>

pido desarrollo, el riesgo de obsolescencia es elevado. Basta recordar las inversiones en ciertos productos «naturales» de combustión que, hace pocos años, se proponían como alternativas limpias a los fósiles. Esto significa que lo que hoy se requiere para que un edificio obtenga una calificación energética A puede muy bien haber cambiado en tres o cuatro años (y, con casi total seguridad, habrá cambiado durante la vida de un préstamo hipotecario pactado para un cuarto de siglo o más). Conceptualmente, esto hace surgir la duda de si una hipoteca es «verde» en atención únicamente a las circunstancias concurrentes en el momento de la conclusión del préstamo o crédito y si esto realmente tiene algún valor pasado un tiempo.

El rápido desarrollo tecnológico, con su correlativo riesgo de obsolescencia, coloca a los consumidores en una situación delicada: no se trata ya solo de que los productos de financiación son complicados de entender, sino también de que el consumidor no necesariamente tiene cabal conocimiento del producto que con ella adquiere: ¿es mejor una aerotermia que una geotermia?, ¿las placas solares van a rendir cuando se vierta energía en una red de distribución eléctrica que quizá no está preparada para canalizarla?, ¿conviene invertir en sistemas de almacenamiento o van a bajar de precio en poco tiempo? Cuando se adquiere un vehículo o un inmueble con financiación, es posible que surjan defectos ocultos (falta de conformidad) e incluso que se produzcan daños inesperados, pero la inversión se realiza con conocimiento de lo que, en esencia, se está adquiriendo y de la utilidad esperada. A la hora de afrontar la renovación energética del parque inmobiliario, el consumidor se fia del empresario, experto en la materia, pero quizá experto solo en el producto con el que trabaja y que ofrece en el mercado. Los consumidores potenciales no tienen la certeza de qué mejora en la calificación energética del inmueble va a reportar la inversión, y tampoco de cuáles son los beneficios en términos de ahorro que les va a suponer. Igualmente, pueden albergar serias dudas acerca del impacto ambiental real de la mejora.

De ahí que, como ya se ha adelantado, la DEEE añada ahora al certificado de eficiencia energética otro documento, el «pasaporte de renovación», como instrumento de uso voluntario que debe estar disponible para los propietarios de inmuebles que lo quieran y cuya finalidad es proporcionar «una hoja de ruta clara para la renovación en profundidad por etapas, ayudando a los propietarios y a los inversores a planificar el mejor momento para las intervenciones y su alcance» (Cdo. 42). Es decir, el legislador comunitario es consciente de que la renovación integral y de una sola vez puede ser muy costosa y generar incomodidad a las personas, de modo que debe poder planificarse una renovación por etapas en que la realización de una de las mejoras no sea obstáculo para llevar a cabo la siguiente. Se prevé que los Estados miembros puedan establecer que sean los mismos técnicos habilita-

dos para emitir el certificado los que realicen el pasaporte, para evitar cargas desproporcionadas al propietario, y que las recomendaciones de mejora del certificado puedan sustituirse por el pasaporte (Cdo. 43, art. 12). La necesidad de simplificar resulta evidente ante la actividad de la propia Comisión de la UE en relación con la transposición de la DEEE: en junio de 2025, puso a disposición de los Estados Miembros un paquete de 20 documentos que incluyen legislación delegada⁵⁴, un reglamento de ejecución⁵⁵ y una guía, con trece anexos⁵⁶, en que se intenta dar respuesta a las inquietudes manifestadas por los Estados miembros, así como concretar las múltiples acciones de monitorización que contempla la DEEE. La complejidad de impulsar la «Oleada de renovación» a nivel técnico, económico y social se acaba trasladando también a los particulares, que tarde o temprano se encontrarán ante la necesidad de renovar energéticamente por mandato legal, tanto si se transmite la finca como si no, y para ello requerirán financiación. Son bienvenidas las iniciativas tendentes a simplificar las decisiones, como el mencionado pasaporte de renovación, siempre que, tal y como exige la propia DEEE, ello no suponga costes exagerados. Actualmente, la necesidad de contar con certificado de eficiencia energética antes y después de ciertas mejoras para gozar de beneficios fiscales u otras ayudas es ya un coste añadido a la renovación, que, dependiendo de la Comunidad Autónoma, puede incorporar también la necesidad de pagar una tasa, no ya por la obra, sino por el registro del certificado.

El riesgo de obsolescencia, además, no afecta únicamente a la estabilidad en el tiempo del concepto de hipoteca verde, sino también a otro de los puntos fuertes del círculo virtuoso que pretende crear la EEMI: el incremento de valor del inmueble, ¿será tan efímero como lo pueda ser el sistema de renovación energética escogido? Seguramente la respuesta es afirmativa. Un sistema o una renovación hoy puede ser mucho menos eficiente que la que se proponga en unos pocos años y, con ello, el incremento de valor del inmueble se habrá perdido o habrá disminuido más allá del coste de la inversión (piénsese en el descenso en el precio de placas solares o de las baterías de almacenamiento). Estas incertidumbres tal vez explican también que las entidades de crédito sean en buena medida reticentes a incluir este tipo de productos en su

⁵⁴ Reglamento delegado (UE) 2025/1511 de la Comisión, de 30 de junio, por el que se completa la Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al establecimiento de un marco metodológico comparativo para calcular los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos mínimos de eficiencia energética aplicables a los edificios y elementos de edificios, C(2025) 4133 final, con sus anexos.

⁵⁵ Reglamento de ejecución (UE) 2025/1328, de 30 de junio, por el que se desarrolla la Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de modelos comunes para la transferencia de información desde las bases de datos nacionales de eficiencia energética de los edificios al Observatorio del Parque Inmobiliario de la UE.

⁵⁶ Disponibles en https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-efficiency/energy-performance-buildings/energy-performance-buildings-directive_en

cartera y a publicitarlos como tales. Sin embargo, aunque el incremento de valor de la propiedad no se mantenga en el tiempo, la verdad es que se empieza a asumir que los inmuebles ineficientes han perdido ya valor. Esto hace que el consumidor se vea forzado a la renovación energética⁵⁷, incluso antes de que los Estados establezcan obligaciones positivas de renovar, quizá a la hora de trasponer la DEEE⁵⁸. Huelga decir que, pese a la urgente necesidad de renovar el parque inmobiliario de los municipios europeos, si el efecto va a ser un incremento todavía más acusado del precio de la vivienda, muchos sectores de la población verán cómo se restringen incluso más sus posibilidades de acceder a este bien esencial.

La segunda razón por la que se explicaría la correlación positiva entre hipotecas verdes y cumplimiento es especialmente preocupante: los hogares con ingresos más elevados son los que pueden permitirse adquirir inmuebles de mayor valor o invertir en la renovación de los que ya tienen. Se trata del llamado «efecto de selección por ingresos», denominación ya de por sí sugerente de las posibles exclusiones de sectores de la población de la «Oleada de renovación». Y es lógico que la selección por ingresos justifique, en buena medida, la referida correlación. Quien cuenta con ingresos elevados y regulares es menos proclive a la morosidad en cualquier caso. Si a ello se le añaden los beneficios, ya mencionados, de crédito más barato y menores costes de suministros que caracterizan a las hipotecas verdes, es fácil constatar que en el polo opuesto estarán aquellos con menores ingresos, que no podrán permitirse una vivienda energéticamente eficiente y a quienes se ofrecerían préstamos a tipos de interés comparativamente más elevados. Sumado todo esto a mayores costes de suministros, es fácil imaginar por qué habría mayor propensión a la morosidad. Además, solo quienes cuenten con mayor poder adquisitivo podrán protegerse frente a la disminución de valor de sus inmuebles por medio de nuevas inversiones, a medida que avance la transición energética. Desde esta perspectiva, es posible que las hipotecas verdes tengan el indeseado efecto de acentuar

⁵⁷ A ello pueden contribuir también las reformas (bienintencionadas) de la legislación de propiedad horizontal que facilitan la adopción de acuerdos de renovación energética vinculando incluso a los disidentes que, quizá, lo son por imposibilidad de hacer frente al incremento de los gastos de comunidad que representan. Sobre estas cuestiones, M. ANDERSON, «Facilitating Climate-Friendly Improvements in Condominiums: Recent Developments in Spanish and Catalan Law», en M. HADJAS *et al.* (eds.), *Rethinking Expropriation Law IV: Takings for Climate Justice and Resilience*, The Hague, Eleven International Publishing, 2024, pp. 183-212.

⁵⁸ Cuestión distinta es si esas obligaciones de renovación serán o no cumplidas. Téngase presente que el art. 15 del Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, procedente de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, establece ya obligaciones de conservación con un límite de gasto que puede fácilmente calificarse como exorbitante: la mitad del valor de una construcción nueva de características equivalentes. Si la transposición de la DEEE se lleva a cabo de modo semejante, y sin el debido apoyo público, estará condenada al fracaso.

la brecha social, dejando a algunos sectores en un círculo vicioso de pobreza energética, viviendas inadecuadas, acceso limitado al crédito y morosidad. Este cuadro no encaja con una transición ecológica que «no deje a nadie atrás», pero también hay que reconocer, como me dijo una vez un economista en un debate sobre este tema, que no es malo que existan productos para los ricos —siempre que los demás no queden desamparados—. De ahí que convenga preguntarse si, efectivamente, la DCI podría contribuir a una mayor aceptación de las hipotecas verdes, lo que se ha planteado en términos de si habría que modular el control de solvencia en función de la finalidad del crédito.

4.3. Eficiencia energética y control de solvencia

La revisión de la DCI se suspendió en diciembre de 2024, dejándose la puerta abierta a su reactivación, abandono o reformulación en forma de modificaciones puntuales. Sea cual sea la opción elegida, parece que al menos será preciso alinear la DCI con la DCC 2023, entre otros, en relación con la información precontractual en entornos digitales y también, como queda dicho, en cuanto a la intervención humana en el control de solvencia basado en sistemas de IA. Cuando se retome esta cuestión, es lógico que vuelva a ponerse sobre la mesa la conveniencia o no de tener en cuenta la eficiencia energética de lo adquirido o de aquello en lo que se invierte a la hora de llevar a cabo el control de solvencia previo a la concesión de un préstamo o crédito hipotecario⁵⁹. Básicamente, ello debería comportar una mayor accesibilidad al crédito hipotecario cuando se contrae para adquirir inmuebles con un alto grado de eficiencia energética o cuando se destina a mejorar la eficiencia energética de un inmueble del cual ya se es titular. Esa mayor accesibilidad debería conducir a una mayor aceptación de las hipotecas verdes⁶⁰.

4.3.1. La tasación del inmueble

Es preciso indicar, en primer lugar, que la eficiencia energética del bien gravado en garantía debe ser tomada en consideración en el

⁵⁹ EUROPEAN COMMISSION/RISK & POLICY ANALYSTS, *Evaluation of the Mortgage Credit Directive*, op. cit., pp. 92 y ss.; AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (ABE), *Opinion of the European Banking Authority*, op. cit., p. 6.

⁶⁰ En EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION AND ICF, *Study on impacts*, op. cit., pp. 279 y ss., se valoraron otras posibilidades para fomentar las hipotecas verdes; entre ellas, la obligación del prestamista de informar sobre su existencia y finalidad, aunque no las ofrezca, con la consiguiente necesidad de formación del personal en este ámbito; la obligación de que se comercialicen a tipos de interés más beneficiosos o la conveniencia de que existan incentivos para los prestamistas y que estos puedan acceder a los certificados de eficiencia energética.

momento de realizar la tasación, como consecuencia natural de la necesidad de contar con normas y criterios fiables para la valoración de las fincas impuesta por el art. 19 DCI. Esto ya lo establecía la ABE en 2020⁶¹. Recientemente, TEGoVA ha actualizado sus estándares (European Valuation Standards) para cumplir con el Paquete Bancario y, en particular, con el CRR, así como por la necesidad de adaptarlos a los objetivos de renovación del parque inmobiliario de conformidad con el Pacto Verde Europeo, ahora plasmados en la DEEE⁶².

Según el art. 18.3 DCI, «la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará». Sin embargo, los tipos de interés más bajos de los créditos relacionados con bienes inmuebles, en comparación con los créditos personales, y especialmente cuando el bien es gravado en garantía, se explican por el menor riesgo que asume el acreedor, que puede recurrir a la ejecución del inmueble en caso de impago, gozando generalmente de preferencia para el cobro sobre el valor obtenido. Por lo tanto, las tasaciones inmobiliarias precisas son fundamentales para promover la concesión responsable de crédito y, en última instancia, la estabilidad del sistema financiero⁶³.

Un cambio relevante derivado de la última versión del CRR es la adopción de un valor inmobiliario prudencial o conservador a efectos de la suscripción de préstamos, en lugar del valor de mercado (art. 229 CRR). Los criterios de valoración conservadores deben excluir la expectativa de aumentos de precios, y el valor debe ajustarse para tener en cuenta la posibilidad de que el valor de mercado actual sea significativamente superior al valor que sería sostenible durante la vigencia del préstamo. No debe superar el valor de mercado y, cuando se revalúe la propiedad, el valor no debe superar el valor medio medido durante los últimos seis años para esa propiedad o una propiedad residencial comparable. Los acreedores sujetos al CRR deben cumplir estas disposiciones. El considerando 26 DCI ya mencionaba que sus disposiciones deben estar en consonancia con el CRR⁶⁴.

⁶¹ Véase AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (ABE), *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos – Informe final*, EBA/GL/2020/06, 29 mayo 2020, en: https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/Translations/886679/Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring_COR_ES.pdf, § 208.

⁶² TEGoVA (THE EUROPEAN GROUP OF VALUERS' ASSOCIATIONS), *European Valuation Standards*, 10ª ed., 2025, en: https://tegova.org/static/60080e3fa590549029f8358dabce4508/EVS%202025_1.pdf

⁶³ Las ya citadas directrices de la ABE dan muestra de la relevancia de la tasación: *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, §§ 206 y ss.

⁶⁴ Es preciso tener presente que no todos los contratos de crédito sujetos a la DCI son suscritos por entidades supervisadas de conformidad con la CRD (arts. 3 y 4 DCI; véase la definición de acreedor en el apartado 2 de este último precepto).

En este contexto, y a la luz de este cambio de orientación a la hora de establecer el valor del inmueble, si bien no hay duda de que, en un momento dado, el inmueble más eficiente energéticamente merecerá una tasación más alta que el que no lo sea (del mismo modo que un inmueble más nuevo o en una mejor zona valdrá más que otro más viejo o peor situado), en el caso de los incrementos de valor debidos a la mayor o menor eficiencia energética será preciso calibrar hasta qué punto la inversión realizada va a sobrevivir en el tiempo y si se mantendrá o no durante una parte significativa de la duración de la relación crediticia. Tan peligroso es confiar en incrementos de valor por el mero paso del tiempo como en el mantenimiento a medio plazo de mejoras que dependen del estado del arte en materia de desarrollo de las energías renovables y de los estándares de la construcción.

4.3.2. La expectativa de cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito inmobiliario

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión debatida al hilo de la revisión de la DCI es si la eficiencia energética del inmueble también debería influir en la propia evaluación de la solvencia crediticia.

De acuerdo con el art. 18 DCI, la evaluación de la solvencia se basará principalmente en la expectativa de que el consumidor pueda cumplir las obligaciones derivadas del contrato. En consecuencia, unos ingresos más elevados, junto con unos tipos de interés más bajos y unas facturas de suministros más reducidas gracias a la eficiencia energética del inmueble, deberían traducirse en mejores puntuaciones crediticias. No obstante, como ya ha habido ocasión de apuntar, es arriesgado presuponer que una vivienda más eficiente desde el punto de vista energético será más barata de mantener, debido al riesgo de obsolescencia (lo que pone en duda que los ingresos vayan a llegar más lejos durante toda la vida del crédito), la volatilidad de los mercados energéticos, un clima cada vez más cambiante y la posible irrupción de crisis sistémicas.

Por otro lado, el art. 18.3 DCI establece una excepción a la norma general según la cual lo determinante para conceder o no el préstamo es la expectativa de que el deudor cumplirá. La excepción consiste en que la evaluación de la solvencia puede basarse principalmente en el aumento del valor del inmueble cuando la finalidad del contrato de crédito es la renovación del edificio. Naturalmente, esto incluye las hipotecas contratadas para mejorar la eficiencia energética del edificio. No obstante, por las razones ya mencionadas, tampoco es oportuno partir de la premisa de que el aumento del valor del inmueble será duradero (quizás se trate más bien de invertir ahora para que el inmueble no pierda valor en un plazo de tiempo relativamente corto), lo que se

ajusta a los nuevos criterios de valoración prudencial o conservadora de los inmuebles. En realidad, la excepción ahora comentada debe reinterpretarse a la luz del art. 229 CRR.

En cualquier caso (es decir, incluso si la garantía tiene un valor más alto), las ventajas en términos de mejores perfiles crediticios para la compra de propiedades energéticamente eficientes deben sopesarse con el mayor importe del préstamo para adquirir un inmueble más eficiente, y a la devolución de este importe, junto con los intereses, es a lo que se compromete el consumidor y lo que es necesario prever que pueda cumplir al evaluar su solvencia.

En resumidas cuentas, y sin entrar en el debate acerca de si el art. 18 DCI debe mantenerse en el terreno de los principios o descender a proporcionar criterios de valoración de la solvencia más detallados, la eficiencia energética de lo adquirido o renovado puede ser tenida en cuenta a la hora de evaluar la solvencia, tanto porque influye sobre el valor del inmueble, con los matices señalados, como porque puede suponer mayor disponibilidad de ingresos por parte del consumidor. Pero esto ya lo permite el art. 18 DCI, y no parece que la inclusión expresa de factores ambientales en su texto vaya a tener un efecto positivo sobre la implementación de las hipotecas verdes, mientras que podría, de ser mal entendida, dar rienda suelta a casos de *greenwashing* y/o de crédito y consumo irresponsable.

4.4. Situación actual

Las experiencias de los diferentes Estados miembros varían. Probablemente se pueda afirmar que, por ahora, las «hipotecas verdes» por sí solas no han provocado cambios importantes⁶⁵. Será interesante seguir de cerca la nueva normativa en los Países Bajos, que vincula el importe máximo del préstamo a la etiqueta de eficiencia energética del inmueble⁶⁶. Irlanda destaca como ejemplo de alta aceptación de las hipotecas verdes, que en 2022 representaban alrededor de un tercio de todos los préstamos hipotecarios. Sin embargo, esto puede suponer excluir a los prestatarios con menos ingresos del acceso al crédito para financiar viviendas más eficientes desde el punto de vista energético, y se plantea la cuestión de si basta con centrarse únicamente en las calificaciones de eficiencia energética en el mercado hipotecario, dado que esto no se traduce en prácticas crediticias con impacto medioambiental⁶⁷. En el otro extremo del espectro, en algunos sistemas la reducción del tipo de interés es tan baja que anunciar este tipo de hipotecas como EEM es probablemente un caso de *greenwashing*. Por ejemplo, en España

⁶⁵ ANDERSON, «The Mortgage Credit Directive under Review», *op. cit.*, pp. 13-17.

⁶⁶ I. VISSER, *op. cit.*, pp. 303-304.

⁶⁷ JORDAN, *op. cit.*, pp. 222 y 234.

la reducción del tipo de interés es de 0,10 a 0,30 puntos si el inmueble obtiene una calificación de eficiencia energética de nivel A o B⁶⁸. Para la mayoría de los edificios antiguos, esto supone obras importantes y, a menudo, un gasto inasequible. En Hungría, no existe diferenciación de precios entre los préstamos ecológicos y los no ecológicos.⁶⁹ En Bélgica, los proyectos de renovación pueden financiarse mediante préstamos ecológicos, pero estos rara vez se garantizan con una hipoteca debido a sus importes relativamente bajos y su corta duración⁷⁰.

En cualquier caso, conviene recordar que el art. 18 DCI se diseñó para frenar los préstamos excesivamente entusiastas. Quizás los prestamistas tengan realmente en cuenta los riesgos mencionados, a pesar del ambiente de renovación que (de vez en cuando) se respira. Y los consumidores desconfían ante las incertidumbres que se ciernen sobre los beneficios reales de unos estándares más altos de eficiencia energética, además de temer el sobreendeudamiento (es decir, exactamente lo que la legislación de la UE lleva promoviendo desde hace décadas en materia de protección de los consumidores)⁷¹. Para algunos consumidores, el acceso a viviendas energéticamente eficientes o la renovación de su vivienda actual es simplemente inalcanzable, y por eso la Comisión Europea reconoce que son necesarias otras soluciones⁷². Las hipotecas verdes pueden facilitar la renovación energética del parque inmobiliario en manos de quienes disponen de medios financieros suficientes, lo que, por supuesto, es positivo, siempre que existan alternativas para aquellos que, de otro modo, se quedarían atrás.

⁶⁸ Véase ASUFIN, Estudio sobre finanzas verdes en España, 15 diciembre de 2020, en: https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/12/ESTUDIO-FINANZAS-VERDES_maq_in-gles.pdf; EeMMIP, *Literature Review of the Energy Efficiency Gap*, 30 noviembre 2020, p. 8, en: https://energyefficientmortgages.eu/wp-content/uploads/2021/12/Literature-review-energy-efficiency-gap-EeMMIP-final_EEMI-layout.pdf; S. CASTELLANOS CÁMARA y G. GALICIA AIZPURUA, G., «Review of the Mortgage Credit Directive from the Spanish Experience», en: M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, p. 407.

⁶⁹ J. HEGEDŰS *et al.*, «The Impact of the MCD on Housing Credit in Hungary in the Context of Post-2015 Housing Policy Interventions», en: M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, p. 215.

⁷⁰ J. VANNEROM, «Some Thoughts on the Belgian Response to the MCD: Uniformisation of Rules on Credit for Consumers», en: M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 115-116.

⁷¹ EeMMIP/E-ON/BASIS, *Appendix: Consumer Research Insights across European Markets on Green Mortgage Propositions*, febrero 2022, en: <https://energyefficientmortgages.eu/wp-content/uploads/2022/04/EeMMIP-2022-Appendix-Summary-Insights-per-country-Green-Mortgage-Propositions-Feb-2022.pdf>

⁷² COMISIÓN EUROPEA, *Oleada de renovación para Europa*, *op. cit.*, pp. 21-22.

5. REFLEXIONES FINALES

Los tiempos de cambio constante ponen a prueba nuestra capacidad de adaptación a problemas antiguos recurrentes (como pandemias y guerras) y a nuevos desafíos, como abordar la emergencia climática. En este último contexto, no cabe duda de que la agenda de sostenibilidad requiere productos financieros alineados con sus objetivos.

La iniciativa EEMI ha promovido activamente la adopción de hipotecas verdes, resaltando sus beneficios para prestamistas y prestatarios. Sin embargo, no todas las premisas de las que parte son sólidas. La supuesta correlación negativa entre las hipotecas verdes y el riesgo de morosidad se debe probablemente más a la cómoda situación financiera de quienes las obtienen que a la mayor disponibilidad de ingresos del prestatario gracias a facturas de energía más bajas, especialmente porque dichos ahorros son una mera estimación en tiempos de gran volatilidad. Los consumidores siguen siendo cautelosos ante los costos y el riesgo de sobreendeudamiento, especialmente debido a que el impacto de la mejora puede no ser evidente y tienen que elegir entre una variedad de soluciones técnicas que evolucionan muy rápidamente y, por esta misma razón, pueden volverse obsoletas en muy poco tiempo. Y esto último se transfiere también al incremento de valor del inmueble, que puede ser igualmente efímero. Lo que hoy es «verde» quizá no lo sea en unos pocos años, y esto resulta especialmente relevante en contextos en que los préstamos hipotecarios tienen una duración que ronda el cuarto de siglo. Además, sigue faltando un estándar válido para calificar una hipoteca como verde o sostenible que tenga en cuenta tanto los requisitos que debe cumplir el inmueble o su renovación, como un rango de reducción de intereses u otras bonificaciones que las haga realmente atractivas para el consumidor, pero también para el prestatario, que debe ver compensada la reducción de beneficio, en comparación con lo que le reportaría colocar productos combinados, a través de condiciones de crédito favorables también en el mercado secundario de bonos verdes. Falta, todavía, que la sostenibilidad ambiental presida tanto la concesión de crédito como la cartera de inversiones.

Por otro lado, si la implementación de la DEEE conduce a la imposición de obligaciones positivas de renovación a los propietarios, probablemente llegue un momento en que no se concedan préstamos garantizados con inmuebles ineficientes, lo que puede llevar a acentuar la brecha social, en un contexto en que, en muchos Estados miembros, incluyendo por supuesto España, el acceso y la tenencia segura de una vivienda digna sigue siendo, para muchos, un sueño inalcanzable. La propia UE es conocedora de esta situación y se preocupa por que no se produzcan desahucios como efecto de la renovación energética, pero poco tiene de garantía una hipoteca que no pueda ejecutarse sobre el

inmueble, y poca seguridad tiene el arrendador que renueva energéticamente si no va a poder recuperar el inmueble en caso de impago de la renta. En cualquier caso, incluso ahora, en esta fase todavía dubitativa de la transición, las personas que no pueden afrontar el coste de una renovación están siendo dejadas atrás por la transición ecológica, a menos que se les proporcione financiación pública directa que, según la UE, debe abonarse antes de la realización de las obras y no tres, cuatro o cinco años después, como ocurre en Cataluña. Las hipotecas verdes no pueden hacer milagros y hacer asequible lo que está más allá de la capacidad de pago de una persona.

Por todo ello, no parece adecuado introducir en la evaluación de solvencia *ex art.* 18 DCI consideraciones relativas a la eficiencia energética de la finca gravada en garantía, más allá de lo que establecen los estándares fiables de valoración de inmuebles que, en estos momentos, por efecto de la legislación de requerimientos de capital, deben reflejar un criterio conservador y prudencial. La inclusión de factores de sostenibilidad ambiental como consecuencia de la DEEE debe equilibrarse con ese mandato de valoración conservadora, que no puede basarse ya en la expectativa de incrementos de valor en el futuro. De ahí que incluso la excepción prevista en el art. 18.3 DCI, en el sentido de que el control de solvencia puede basarse principalmente en el incremento de valor del bien cuando el capital prestado se destine a la renovación, sea cuestionable. En efecto, lo que importa es la capacidad de devolución del prestatario en todos los casos.

Dicho esto, y a la espera de las opciones que tomen los Estados de cara a dar cumplimiento a la DEEE, esta última sugiere, en sus considerandos, algunos ámbitos, además del de la financiación, en que el derecho privado puede jugar un papel relevante. Así, pese a partir de que una renovación en profundidad⁷³ en una sola etapa puede ser más rentable económicamente y dar lugar a menos emisiones vinculadas a la renovación, los elevados costes iniciales y la incomodidad que puede generar para los habitantes explica que deba preverse y fomentarse, con más financiación y menos trabas administrativas, también la renovación en profundidad por etapas. Para planificar esta renovación se propone un pasaporte voluntario que vele por la compatibilidad en el tiempo de las distintas fases, de modo que propietarios e inversores puedan deter-

⁷³ Se es consciente de que falta un concepto europeo de «renovación en profundidad» y se reconoce que, aunque debe definirse como aquella que transforma los edificios en inmuebles de cero emisiones, como primer paso, los transforma en edificios de consumo de energía casi nulo. Se contempla que «una renovación en profundidad por razones de eficiencia energética podrá ser también una excelente oportunidad para abordar otros aspectos, como la calidad ambiental interior, las condiciones de vida de los hogares vulnerables, el aumento de la resiliencia frente al cambio climático y frente a los riesgos de catástrofe, incluida la resiliencia frente a terremotos, la seguridad contra incendios, la eliminación de sustancias peligrosas, incluido el amianto, y la accesibilidad para las personas con discapacidad» (DEEE, cdo. 45).

minar cuál es el mejor momento para llevar a cabo la intervención de que se trate (cdos. 42, 43, 45). Junto a ello, se mencionan, pero no se regulan, «contratos de renovación a largo plazo», como instrumento para fomentar la renovación por etapas, que los Estados miembros podrán introducir, velando por que cuando existan nuevos incentivos más eficaces durante las distintas etapas de la renovación, se garantice el cambio a los nuevos incentivos (cdo. 44). La idea de un contrato de renovación a largo plazo enlaza con otras posibilidades de articulación de instalaciones de energía renovable sin inversión inicial para el consumidor y donde el coste de la infraestructura, que sigue perteneciendo al instalador, se compensa gradualmente con la participación en el precio de la energía generada⁷⁴. Igualmente, conecta con sistemas, más empleados en otros países que en España, en que el propietario no invierte en la instalación, sino que arrienda al empresario el espacio en que se coloca o constituye a su favor un derecho de superficie.

Pero la noción que ahora propone la UE parece ir más allá, con el objetivo de crear un vínculo a largo plazo entre lo que podríamos denominar un «promotor» de la renovación integral del inmueble y el propietario, para proceder por fases, en función de las necesidades o posibilidades más adecuadas para el edificio en cada momento (por ejemplo, desde el cambio de puertas y ventanas, hasta la instalación de fuentes de energía limpia, pasando por el aislamiento de la envolvente), y también de los subsidios y ayudas que estén disponibles en cada fase. Para que este tipo de relación sea operativa es necesario, en primer lugar, que existan empresas cuya estrategia pase por obtener beneficios a medio y largo plazo y que sean viables económicamente, y, en segundo lugar, disponer de mecanismos contractuales que, sin perder su fuerza vinculante, sean adaptables a cambios en las estrategias de mitigación y adaptación al cambio climático, al avance de la ciencia en este campo y a las políticas de incentivos. En un marco de este estilo, con contratos de mayor duración y necesidades de financiación escalonadas en el tiempo, puede volver a ganar terreno la garantía hipotecaria, previsiblemente, para asegurar líneas de crédito y con una cierta dosis de flotabilidad⁷⁵.

⁷⁴ En esta línea está trabajando J. A. Narvarte Moreno, en el marco del Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universitat de Barcelona.

⁷⁵ En el momento de cerrar este comentario, España ha preparado un borrador de Plan Nacional de Renovación de Edificios (https://www.mivau.gob.es/recursos_mfom/audienciainformpublica/recursos/borrador_pnre.pdf) y un proyecto de modificación del Código Técnico de la Edificación (https://www.mivau.gob.es/recursos_mfom/audienciainformpublica/recursos/proyecto_rd_modificacion_cte_audiencia_publica_nov_25.pdf), de cara a trasponer la DEEE.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- M. ANDERSON, «La oleada de renovación energética de los edificios: adaptabilidad y limitaciones de las instituciones de derecho civil», *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 2023, pp. 119-134.
- «Facilitating Climate-Friendly Improvements in Condominiums: Recent Developments in Spanish and Catalan Law», en M. HABDAS *et al.* (eds.), *Rethinking Expropriation Law IV: Takings for Climate Justice and Resilience*, The Hague, Eleven International Publishing, 2024, pp. 183-212.
- «The Mortgage Credit Directive under Review», en: M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 3-32.
- ANDERSON, M. y ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025.
- ASUFIN, *Estudio sobre finanzas verdes en España*, 15 diciembre de 2020, en: https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/12/ESTUDIO-FINAN-ZAS-VERDES_maq_ingles.pdf
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (ABE), *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos – Informe final*, EBA/GL/2020/06, 29 mayo 2020, en https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/Translations/886679/Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring_COR_ES.pdf
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (ABE), *Opinion of the European Banking Authority on the European Commission request for technical advice on issues related to the Mortgage Credit Directive*, EBA/Op/2022/07, 23 junio 2022, p. 23, en: [https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20on%20MCD%20review%20\(EBA-Op-2022-07\)/1036068/EBA's%20response%20to%20the%20EC%20Call%20for%20advice%20on%20the%20review%20of%20MCD.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20on%20MCD%20review%20(EBA-Op-2022-07)/1036068/EBA's%20response%20to%20the%20EC%20Call%20for%20advice%20on%20the%20review%20of%20MCD.pdf)
- BEUC, *Affordable green loans: getting consumers on board of the green transition*, 14 septiembre 2021, pp. 6-7, en: https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-076_affordable_green_loans.pdf
- CASTELLANOS CÁMARA, S. y GALICIA AIZPURUA, G., «Review of the Mortgage Credit Directive from the Spanish Experience», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 395-421.
- CHALAVON, T. KLINT, C. y RAPANTOVA, B., *The EU Taxonomy in Practice: Driving Energy Efficiency Investments?*, Sciences Po Paris, abril 2025, esp. pp. 12-13, 15, en: <https://www.sciencespo.fr/psia/chair-sustainable-development/wp-content/uploads/2025/07/Energy-Efficiency-Taxonomy-Report.pdf>
- ENERGY EFFICIENCY DATA PROTOCOL AND PORTAL (EADPAP), *Final report on correlation analysis between energy efficiency and risk (D5.7)*, 26 agosto 2020, en: https://www.aaa-h2020.eu/sites/default/files/2020-09/EeDaPP_D57_27Aug20.pdf
- EUROPEAN COMMISSION, *The EU Taxonomy's uptake on the ground*, junio 2024, en: https://finance.ec.europa.eu/document/download/08dd5091-6df7-45ed-8dc1-2583007594c4_en?filename=240605-sustainable-finance-taxonomy-factsheet_en.pdf

- EUROPEAN COMMISSION AND RISK & POLICY ANALYSTS, *Evaluation of the Mortgage Credit Directive (Directive 2014/17/EU) – Final report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020, en: <https://data.europa.eu/doi/10.2874/41965>
- EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR ENERGY, *The quantitative relationship between energy efficiency improvements and lower probability of default of associated loans and increased value of the underlying assets : final report on risk assessment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, en: <https://data.europa.eu/doi/10.2833/532126>
- EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS AND ICF, *Evaluation of Directive 2008/48/EC – Final report*, Luxembourg, Publications Office, 2020, en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/949753>
- EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION AND ICF, *Study on impacts of a possible revision of the Mortgage Credit Directive – Final report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2025, en: <https://data.europa.eu/doi/10.2874/2366406>
- EUROPEAN ENERGY EFFICIENT MORTGAGE MARKET IMPLEMENTATION PLAN (EeMMIP), *Technical report on risk management analysis*, Ref. Ares(2019)3073260 - 08/05/2019, en: <https://cordis.europa.eu/project/id/746205/results>
- EUROPEAN ENERGY EFFICIENT MORTGAGE MARKET IMPLEMENTATION PLAN (EeMMIP), *Final report on the correlation between energy efficiency and probability of default*, Ref. Ares(2019)3744929 - 12/06/2019, en <https://cordis.europa.eu/project/id/746205/results>
- , *Literature Review of the Energy Efficiency Gap*, 30 noviembre 2020, en: https://energyefficientmortgages.eu/wp-content/uploads/2021/12/Literature-review-energy-efficiency-gap-EeMMIP-final_EEMI-layout.pdf
- EUROPEAN ENERGY EFFICIENT MORTGAGE MARKET IMPLEMENTATION PLAN (EeMMIP)/E·ON/BASIS, *Appendix: Consumer Research Insights across European Markets on Green Mortgage Propositions*, febrero 2022, en: <https://energyefficientmortgages.eu/wp-content/uploads/2022/04/EeMMIP-2022-Appendix-Summary-Insights-per-country-Green-Mortgage-Propositions-Feb-2022.pdf>
- FEDERAL INSTITUTE FOR RESEARCH ON BUILDING, URBAN AFFAIRS AND SPATIAL DEVELOPMENT (BBSR), *Tenancy law and energy renovation in European comparison*, Bonn, 2016, en: https://www.bbsr.bund.de/BBSR/EN/publications/OnlinePublications/2016/bbsr-online-14-2016-dl.pdf?__blob=publicationFile&v=1
- GARCIA TERUEL, R. M., «Overcoming the ‘tenant-owner dilemma’ to foster energy efficiency in residential private rented housing», *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol. 16 (3), 2024, p. 185-200. DOI: 10.1108/JPEL-02-2023-0006.
- «Private law as a tool to overcome split incentives on energy efficiency in the residential rental market», en M. SANTOS SILVA et al (eds.), *Routledge Handbook on Private Law and Sustainability* Routledge, London, 2024, p. 65-83.
- GEVORGIAN, A. et al., *European Building Stock Analysis - A country by country descriptive and comparative analysis of the energy performance of buildings*, Eurac Research, 2022.

- GUIN, B. y KORHONEN, P., «Insulated from risk? The relationship between the energy efficiency of properties and mortgage defaults», *Bank Underground*, 16 octubre 2018, en <https://bankunderground.co.uk/2018/10/16/insulated-from-risk-the-relationship-between-the-energy-efficiency-of-properties-and-mortgage-defaults/>
- «Does energy efficiency predict mortgage performance?», Bank of England, Staff Working Paper No. 852, enero de 2020, en <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/working-paper/2020/does-energy-efficiency-predict-mortgage-performance.pdf?la=en&hash=CC1DED249BFE86DB22A1AE70429BF235EA0325D8>
- HABDAS, M., «Consumer Protection and Foreign Currency Mortgage Credit form the Perspective of Transposing the MCD 2014/17 in Poland», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 325-352.
- HEGEDÜS, J., ÖRKÉNY, B., SOMOGYI, E. y TOSICS, N., «The Impact of the MCD on Housing Credit in Hungary in the Context of Post-2015 Housing Policy Interventions», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 203-219.
- JORDAN, M., «Regulation of Mortgage Lending and the Irish Housing Crisis. From Mortgage “Arrears” to Housing “Unaffordability”», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 221-246.
- JÓZON, M., «Mortgage Loans in Romania. (Still) Struggling with the Inheritance of the Past», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 317-394.
- KAZA, N., QUERCIA, R. y YUE TIAN, C., «Home Energy Efficiency and Mortgage Risks», 16 (1) *Cityscape*, 2014, pp. 279-298
- NIELD, S. y JORDAN, M., «The New UK consumer Duty: More Responsible Lending?», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 79-105.
- PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales*, 14.1.2021 (A9-0003/2021), en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0003_ES.html.
- TEGOVA (THE EUROPEAN GROUP OF VALUERS’ ASSOCIATIONS), *European Valuation Standards*, 10ª ed., 2025, en: https://tegoval.org/static/60080e3fa590549029f8358dabce4508/EVS%202025_1.pdf
- VANNEROM, J., «Some Thoughts on the Belgian Response to the MCD: Uniformisation of Rules on Credit for Consumers», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 109-134.
- VISSER, I., «Insights and Experiences: The Mortgage Credit Directive in the Netherlands», en M. ANDERSON y E. ARROYO AMAYUELAS (eds.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Zutphen, Europa Law Publishing, 2025, pp. 291-323.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 147-183

DOI: 10.37417/VSECC/06

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

POLÍTICA DE RENEGOCIACIÓN DE DEUDAS, PREVENCIÓN DEL ACOSO FINANCIERO Y VULNERABILIDAD DEL DEUDOR CEDIDO EN LA DIRECTIVA (UE) 2021/2167*

Gemma RUBIO GIMENO

Profesora agregada de Derecho civil

Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA DIRECTIVA (UE) 2021/2167 Y SU TARDÍA TRANSPOSICIÓN.— 2. EL CARÁCTER DUDOSO DEL CRÉDITO CEDIDO, SU ADMINISTRACIÓN Y LA EVENTUALIDAD DE PRECARIZAR LA POSICIÓN DEUDORA: 2.1. La carga positiva de notificar la cesión y la carga negativa de no facilitar información engañosa, confusa o falsa; 2.2. Vulnerabilidad del deudor consumidor e irrelevancia de la ausencia de asesoramiento jurídico: la carga de informar del juez de los derechos que asisten al consumidor; 2.3. La inalterabilidad de la posición deudora; 2.4. El contrato de administración de créditos y el contrato de externalización de las actividades de administración de créditos.— 3. LA RELACIÓN EQUITATIVA CON EL PRESTATARIO CEDIDO: 3.1. La actuación justa y profesional del prestamista y del administrador del crédito; 3.2. Los términos de la comunicación con el prestatario: ni acoso, ni coacción ni influencia indebida; 3.3. La atención a la especial vulnerabilidad económica del deudor cedido; 3.4. La renegociación de la deuda y la tolerancia razonable antes de ejecutar el crédito: una protección no homogénea del prestatario consumidor: 3.4.1. De las medidas de renegociación de la deuda a la condonación parcial impuesta al acreedor; 3.4.2. La carga de informar sobre el derecho al plan de pagos.— 4. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE)

* Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución de la Cátedra UB-ACC sobre Estudios de consumo y resolución alternativa de litigios y del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 i por FEDER (UE). La autora forma parte del Instituto de investigación TransJus UB.

2021/2167: LA FUTURA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO.— 5. CONCLUSIONES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LA DIRECTIVA (UE) 2021/2167 Y SU TARDÍA TRANSPOSICIÓN

El objetivo principal de la Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre, sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE (DOUE-L-2021-81714), conocida como Directiva NPL (*Non-Performing Loans*) es propiciar un mercado secundario de compraventa de créditos dudosos que resulte atractivo, transparente y competitivo, orientado a lograr una ratio de este tipo de créditos¹ en los balances de las entidades financieras que no comprometa la estabilidad del sistema y en definitiva, mejorar el funcionamiento del mercado interior².

Previamente a la aprobación de la Directiva, en el año 2017, se aprobó por parte del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión europea, el Plan de acción para hacer frente a los préstamos dudosos³, uno de cuyos cuatro ámbitos de medidas se refería al desarrollo de mercados secundarios para activos devaluados⁴.

Es la toxicidad de estos activos en los balances de las entidades financieras lo que impulsa la reforma, además de su tratamiento contable⁵,

¹ Según la información publicada por el Banco central europeo el 6 de agosto de 2025, la ratio de préstamos dudosos agregada (excluidos saldos en efectivo) fue del 2,24 por 100 (en comparación con el 2,28 por 100 del trimestre precedente y el 2,31 por 100 del año anterior). A la vez, se supervisan los préstamos que muestran un aumento significativo de riesgo, designados como préstamos en vigilancia especial, que se sitúan en el 9,76 por 100, frente al 9,93 por 100 del trimestre anterior, y por encima del nivel el año anterior en el que se cifraron en el 9,50 por 100.

² Como señala A. CARRASCO PERERA, «Relación jurídica y contrato de Derecho de Consumo» en CARRASCO PERERA (dir.), *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2023, p. 42, esa finalidad, la de armonizar el mercado interior, está presente en toda la normativa de consumo de la UE, puesto que las políticas nacionales de consumo pueden ponerla en peligro.

³ Véase las conclusiones del Consejo a raíz de la aprobación del plan en fecha 11 de julio de 2017. Consulta en fecha 22/10/2025 (<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-non-performing-loans/>)

⁴ En 2022, la Comisión Europea elabora unas «Directrices sobre el proceso de ejecución óptima de las ventas de préstamos dudosos en los mercados secundarios», 18.10.2022 C (2022) 7277 final.

⁵ L. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, «El mercado “secundario” de créditos de dudoso cobro o *non-performing loans* (NPLs) y su régimen jurídico actual», *LA LEY mercantil*, núm. 97, diciembre 2022, p. 2, alude a doble perjuicio del peso de las carteras de créditos dudosos en los balances de las entidades de crédito puesto que por un lado suponen una reducción de los ingresos con impacto en la solvencia y rentabilidad de la entidad y por el otro, conllevan gastos

y solo de manera complementaria o accesorio y a raíz de las enmiendas propuestas por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento europeo, se refuerza la protección del deudor consumidor, especialmente en casos en los cuales el crédito cedido está garantizado con una vivienda habitual. Dicha protección se plasma en el art. 10 de la Directiva NPL y en sus Considerandos 52 a 57, para garantizar la equidad en la relación con el prestatario, además de en las modificaciones que se introducen en las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE, para lograr una tolerancia razonable en la ejecución del crédito.

La transposición debía completarse como muy tarde el 29 de diciembre de 2023. No obstante, no ha sido hasta el pasado 3 de marzo de 2025 que el Gobierno español ha presentado el *Proyecto de Ley de administradores y compradores de créditos y por la que se modifican la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la Ley de contratos de crédito al consumo, la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y el texto refundido de la Ley Concursal*, 121/000049 (en adelante, Proyecto de Ley NPL)⁶. Como sabemos, la posibilidad de aplicar de forma directa las previsiones de la Directiva vencido el plazo de transposición es muy limitada⁷.

La norma toma por objeto, según la terminología por ella empleada a lo largo del texto de la Directiva, *cualquier cesión de los derechos derivados de un contrato de crédito dudoso, o del propio contrato de crédito dudoso, a un comprador de créditos*. Cabe recordar, no obstan-

de gestión materiales y humanos para su reclamación, reduciendo la capacidad de la entidad para la concesión de nuevos créditos. El autor se refiere, además, a la «progresiva penalización contable de la titularidad de este tipo de carteras» debido «a la imposición de un sistema de provisiones basado en el concepto de “pérdidas esperadas”».

⁶ En fecha de 19 de marzo de 2025, la Comisión Europea (Asunto C-210/25; C/2025/2654) ha interpuesto recurso frente el TJUE para que se acuerden las sanciones diarias correspondientes ante el incumplimiento del plazo de transposición. Según la información facilitada por la Comisión europea, más de la mitad de los países de la Unión, en concreto, quince, han incumplido el plazo o al menos no han completado en plazo la obligación de notificación de las medidas nacionales de transposición, aunque a fecha del cierre de la presente publicación, a 22 de octubre de 2025, España es el único Estado que no ha aprobado ninguna disposición para la transposición de la norma europea. Consúltase en el portal EUR-Lex la relación de transposiciones nacionales comunicadas por cada Estado miembro.

⁷ L. ARNAU RAVENTÓS («La conformitat del Dret català al Dret europeu en matèria de contractació amb consumidors», *Revista Catalana de Dret privat*, vol 22 (2020), pp. 111 y ss.) analiza las consecuencias de la falta de conformidad de un ordenamiento nacional al derecho europeo. El ordenamiento nacional será o no conforme, más allá de las concretas medidas de transposición adoptadas, en función de si los objetivos perseguidos por la norma europea se logran o no debidamente en el derecho interno, teniendo en cuenta el nivel de armonización pretendido, que en el caso de la Directiva NPL y en lo relativo a la organización del mercado de venta de derechos dudosos, debe considerarse de armonización plena, mientras que en lo relativo a la protección de los consumidores prestatarios conlleva una protección mínima, como ponen de relieve los Considerando 28 y especialmente, el 52: «La presente Directiva no debe impedir que los Estados miembros apliquen disposiciones más estrictas para proteger a los prestatarios».

te, que la diferencia entre la cesión del crédito y del contrato de crédito se relaciona con el carácter sinalagmático o no de las obligaciones derivadas del contrato y con los sujetos que deben prestar el consentimiento a la cesión⁸. Las cesiones a las que mayormente se les aplicará la Directiva lo serán de créditos y no de contratos, pues se tratará de situaciones en las que la entidad bancaria cedente ya habrá cumplido íntegramente sus obligaciones derivadas del contrato⁹.

La futura ley regula por un lado, la actividad de los administradores de créditos dudosos, como una actividad sujeta a autorización previa y supervisada por el Banco de España, dirigida a la renegociación y cobro de créditos en situación de dudosa cobrabilidad (Título I, arts. 5 a 13) y, por el otro, la compraventa de créditos o «contratos» dudosos (Título II, arts. 14 a 20), ambas actividades sujetas al régimen común previsto por la norma en el Título III (arts. 21 a 24); las funciones y facultades de supervisión del Banco de España se extienden también, a los compradores de créditos y a los representantes designados por estos

⁸ Véase al respecto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 581/2023, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1546), recogiendo la doctrina jurisprudencial anterior: «aunque en nuestro Código Civil no se contiene una regulación específica de la figura jurídica de la cesión de contrato [...] tanto en el campo de la doctrina como en el de la jurisprudencia, la cesión de contrato si está plenamente configurada, tanto en cuanto a su alcance como a sus efectos, y así, doctrinalmente, la cesión del contrato entraña la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, [...] de tal manera que si no es así, o sea, si la reciprocidad de obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor, o una cesión de deuda si cede el que no ha cumplido, sin que en tales supuestos sea exigible el consentimiento del deudor; [...], de tal manera que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si estas aún no se han cumplido, en cuyo supuesto, sí que es exigible la prestación del consentimiento, anterior, coetáneo o posterior, del contratante cedido, mas en aquellos eventos en los que la parte cedente ha cumplido sus obligaciones contractuales, ha desaparecido el carácter sinalagmático del contrato primitivo, al no existir reciprocidad de obligaciones, se produce la figura de la cesión de créditos, a virtud de la cual sólo se cede, a favor de un tercero, la posición acreedora del contratante vendedor, con todas las consecuencias que la tal cesión lleve aparejadas, para lo que no exige la prestación de consentimiento por parte del cedido, que sólo permanece en el contrato como deudor, frente a la posición acreedora del cesionario, y todo ello como consecuencia del cumplimiento, por parte del cedente, de su obligación [...] subsistiendo únicamente, la obligación incumplida del deudor cedido».

⁹ Siguiendo la argumentación de la STS citada en la nota anterior: «Y esto es lo que sucede en el caso de la litis, en el que la entidad prestamista ya había cumplido en el momento mismo de la formalización del contrato del préstamo hipotecario la obligación de entrega del capital mutuado (estipulación primera). Como ocurría también en los casos resueltos por las sentencias 711/2003, de 9 de julio y 70/2015, de 11 de febrero, “lo cedido fue un crédito, en el que la entidad bancaria ya había cumplido la parte que le correspondía al haber transferido al deudor el importe del capital y lo que quedaba por cumplir era la obligación de pago por el prestatario y el crédito para exigir su cumplimiento fue lo cedido, por lo que no se precisaba consentimiento del deudor” [...] En consecuencia, debemos confirmar la sentencia de apelación en lo relativo a su calificación como cesión de crédito del supuesto contemplado en la cláusula undécima del contrato litigioso».

(Título IV, arts. 25 a 30); la norma incluye, además, un título relativo en las reclamaciones, al cual nos referiremos en el apartado 4 del presente capítulo (Título V, arts. 31 a 32) y se completa con un Título final que incorpora el régimen sancionador (Título VI, arts. 33 a 42).

2. EL CARÁCTER DUDOSO DEL CRÉDITO CEDIDO, SU ADMINISTRACIÓN Y LA EVENTUALIDAD DE PRECARIZAR LA POSICIÓN DEUDORA

La insolvencia del deudor y más que esta, el impago prolongado de la deuda, convierte al crédito en *dudoso* en consideración a su cobrabilidad. Esa consideración no atañe a la existencia ni a la legitimidad del crédito (art. 1529 Cc), sino a su valor económico (art. 1530 Cc). Ello le convierte en un lastre en los balances de las entidades financieras y estimula a estas a desprenderse de tales activos¹⁰.

Según la definición de la Directiva NPL, son créditos dudosos los que se hallan en una situación de mora prolongada de acuerdo con el art. 47 bis y 178 del Reglamento (UE) núm. 575/2013, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y por el cual se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012, al cual remite el art. 3.13 de la Directiva NPL en sede de definiciones. El supuesto básico de crédito dudoso es aquel «en el que el deudor se encuentre en situación de mora durante más de noventa días con respecto a cualquier obligación crediticia significativa frente a la entidad, la empresa matriz o cualquiera de sus filiales». La noción de «duda» proyectada sobre el crédito alude, pues, exclusivamente a la probabilidad de cobro (art. 15.1 letra *b* del Proyecto de ley NPL) y prescinde de la «certeza» del derecho de crédito. Ello es relevante a los efectos de calificar las actuaciones orientadas al cobro de la deuda pues en el caso de la inclusión de la deuda en situación de morosidad en ficheros de información crediticia, el carácter cierto de la deuda incluida, junto con el cumplimiento del resto de previsiones legales, determinará la licitud del tratamiento (art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales)¹¹ y no supondrá una actividad constitutiva de acoso en la reclamación de la misma. La certeza de la deuda se refiere a su carácter incontrovertido,

¹⁰ La práctica bancaria da lugar a dos tipos de operaciones: las ventas *spot* o de una cartera concreta cuya composición está delimitada al tiempo de la venta y las ventas *forward flow*, que dan lugar a un acuerdo marco de cesión de carteras de crédito que todavía no se han conformado en el momento de celebrar el acuerdo. En cuanto a la composición, la doctrina señala que los créditos al consumo son los que mayormente integran estas carteras. Véase L. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *op.cit.loc.cit.*, pp. 5 y ss.

¹¹ Véanse entre otras, las recientes Sentencias del Tribunal Supremo (núm. 1308/2025, de 24 de septiembre, JUR\2025\298952, núm. 1794/2023, de 20 de diciembre, JUR\2024\1864 o núm. 945/2022, de 20 de diciembre, RJ\2022\5668).

siendo incierta la deuda cuando exista una reclamación promovida por el deudor en vía administrativa, judicial o mediante un procedimiento de resolución alternativo de disputas que sea vinculante para las partes.

La Directiva NPL busca, como se ha dicho, propiciar el desarrollo eficiente de un mercado de venta de carteras de créditos dudosos, pero tiene en cuenta que su adquisición por entidades inversoras cuya actividad, externalizada o no, consiste precisamente en la reclamación de deudas, puede precarizar la posición deudora exponiéndola a una presión indebida para la obtención de la máxima ganancia con relación al saldo vivo de la deuda, muy alejado del precio individualizable de venta del crédito. Más allá de razones de índole práctica, el eventual impacto debilitador de la posición pasiva por la entrada de un nuevo acreedor, en cuanto a las acciones para obtener el cobro, justifica que cuando es el propio cedente el que sigue ejerciendo las actividades relativas a la reclamación de la deuda, se excepcionen los deberes de comunicación de la cesión (la excepción se contempla en el art. 17.2 de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo —en adelante DCC 2008—, en el art. 39 de la Directiva (UE) 2023/2225, relativa a los contratos de crédito al consumo —en adelante DCC 2023— y en el art. 28 bis apartado 2 de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial —en adelante DCI—).

Por otra parte, la doctrina ha puesto de relieve que las dificultades económicas en las que puede hallarse una persona constituyen un factor que la fragiliza en el mercado y que da lugar a la vulnerabilidad de impacto, siendo por ello más susceptible de tomar malas decisiones o de someterse a la presión ejercida por la otra parte contractual, sufriendo en mayor medida las consecuencias de la toma errónea de decisiones¹².

La ganancia excesiva que puede obtener el acreedor cesionario y a su vez, el sacrificio económico que asume el cedente al desprenderse de un crédito¹³ por un precio muy inferior al de su nominal, resultan, salvo puntuales excepciones, jurídicamente irrelevantes y en ningún caso, se propagan a la posición deudora¹⁴, manteniéndose en general

¹² P. CARTWRIGHT, «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38 (2), 2015, p. 122.

¹³ Que comprende también, por aplicación del art. 1529 Cce, los intereses de demora hasta la fecha del pago. Véase la STS 768/2021, de 3 de noviembre (RJ/2021\4961).

¹⁴ Sobre la inaplicabilidad del retracto de créditos litigiosos a los créditos de esta naturaleza que integren en una cartera vendida según la posición mantenida por el Tribunal Supremo, nos remitimos a nuestro estudio «Retracto de créditos litigiosos: ¿Su conveniente superación con ocasión de la transposición de la Directiva (UE) 2021/2167 sobre administradores y compradores de créditos?», *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), pp. 340 y ss. En concreto, sobre la no aplicabilidad de la norma a un crédito que se transmite conjuntamente con otros, en el que no se determina de forma individualizada el precio del crédito, véanse las SSTs (1ª) 165/2015, de 1 de abril (RJ 2015\1175), 151/2020, de 5 de marzo (RJ 2020\5734), 505/2020, de 5 de octubre (RJ 2020\3768) y el Auto del Tribunal Supremo de 22 septiembre 2021 (RJ 2021\4434).

opaco el precio individualizado de venta que, si bien es materialmente asignable y puede asignarse en el acuerdo de venta de la cartera, no trasciende al deudor¹⁵. La evaluación del valor de los créditos y la estimación de la probabilidad de recuperar ese valor forman parte de la carga informativa que corresponde al vendedor de créditos dudosos frente a su posible comprador (art. 15 del Proyecto de Ley NPL) en una fase suficientemente temprana del proceso de venta, empleando las plantillas que se describen en el Reglamento de ejecución (UE) 2023/2083, de 26 de septiembre, por el que se establecen normas técnicas de ejecución para la aplicación del artículo 16, apartado 1, de la Directiva (UE) 2021/2167.

Existe una puntual excepción en el Proyecto de Ley a la opacidad del precio de cesión del crédito frente al deudor, pero su razón de ser es la de proteger la posición acreedora del cesionario. Así sucede cuando se impone un concreto plan de pagos que conlleva la condonación parcial de la deuda y la norma lo excepciona en el supuesto en el que «el valor de eventual precio de venta o cesión del préstamo a un tercero» sea superior al valor actualizado de los reembolsos del plan de pagos previsto como solución por la norma, en cuyo caso se reducirán las quitas hasta igualarse al valor de venta. Como se observa, el «valor» asignado al crédito vendido no lo hace valer el deudor para beneficiarse del mismo, sino el acreedor cesionario para no verse sacrificado más allá del precio de venta, en una lógica inversa a la del art. 1535 Cc.

2.1. La carga positiva de notificar la cesión y la carga negativa de no facilitar información engañosa, confusa o falsa

Una de las modificaciones significativas que la nueva normativa impone a los Estados miembros es la de adaptar sus regulaciones y contemplar la obligación de notificar la cesión efectuada sobre el derecho dudoso. Así se recoge en el art. 10.2 de la Directiva NPL e incluye la notificación de la cesión y de la información relativa a la misma, con indicación del importe desagregado de la deuda subsistente, identificando y facilitando los datos de contacto del comprador y del administrador que tenga encargada la gestión de la reclamación de la deuda, junto con la expresión de la autorización de este para desplegar su actividad

¹⁵ En el apartado 6.5 de las mencionadas «Directrices sobre el proceso de ejecución óptima de las ventas de préstamos dudosos en los mercados secundarios», elaboradas por la Comisión Europea, se contempla una fórmula para determinar ese precio individual dentro de la cartera: «precio de compra» dividido por la «suma de los importes pendientes» multiplicado por el «importe pendiente de los préstamos dudosos específicos». Aplicando esa fórmula en una cartera formada por créditos con importes pendientes respectivos de 5.500 euros, 1.500 euros, 8.000 euros y 3.000 euros, en la que el precio de compra global ha sido de 6.000 euros, el precio de venta asignado, también respectivamente, sería de 1.833 euros, 450 euros, 2.400 euros y 900 euros.

conforme al art. 7 de la Directiva y los datos de la autoridad competente del Estado miembro en el que el prestatario esté domiciliado y ante la cual pueda plantear una reclamación. Además, deberá incluirse una declaración de que sigue siendo aplicable todo el Derecho de la Unión y nacional, en especial, en lo relativo a la ejecución de los contratos, la protección de los consumidores, los derechos de los prestatarios y el derecho penal. Dicha comunicación deberá remitirse en papel o en otro soporte duradero y estar redactada en lenguaje claro y comprensible para el público en general. La comunicación debe hacerse en cualquier momento a petición del prestatario y en todo caso, antes del primer cobro de la deuda. La obligación de notificar debe incluirse en una de las cláusulas del contrato de administración de créditos (art. 11.3 de la Directiva). Los Estados miembros podrán ampliar los términos de la carga de notificar (art. 10.4 de la Directiva).

En el contexto en el que nos hallamos, el de la venta de activos devaluados, es relevante volver a destacar que el precio desagregado por el que se ha cedido el crédito dudoso no forma parte de la información que debe facilitarse al deudor cedido, siendo que además esa información tampoco forma parte necesariamente de lo reflejado en la operación de compra entre acreedor y cesionario. Es el cesionario el que hace una evaluación del valor de los derechos de crédito adquiridos en función de su cobrabilidad y de la probabilidad de recuperar el valor estimado, a partir de la información que le facilita el vendedor (art. 15 de la Directiva). En el Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva se hacía alusión a una estimación económica del valor de venta del crédito dudoso, empleando una expresión de difícil concreción, que finalmente ha caído del proyecto de ley presentado a tramitación parlamentaria. La norma en su redacción original reconocía una concreta medida de protección del deudor consistente en la obtención de una condonación parcial de la deuda que el acreedor que proyectaba vender debía ofrecerle antes de efectuar la venta y siempre que se tratase de un deudor en situación de especial vulnerabilidad económica. Si se daban estas circunstancias la quita debía consistir en una cantidad «alineada con el precio estimado que pueda obtener por su venta». El derecho a esa quita se reconocía mediante una de las medidas incluidas en la política de renegociación de deudas tanto respecto de los créditos al consumo (adición del art. 30 bis apartado 4 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, en adelante LCC), como de los créditos inmobiliarios (adición del art. 25 bis apartado 4 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en adelante LCI). La norma, sin duda, ofrecía considerables dificultades en su aplicación, tanto porque esa quita alineada precisaba de un dato que la propia norma no obligaba al cesionario a facilitar¹⁶ y que,

¹⁶ Aunque algunas normas autonómicas sí contemplan o contemplaban para el caso de cesión del crédito esa obligación de notificar el precio de adquisición del derecho. Así el art. 569-

eventualmente, tampoco se había determinado —aunque sin duda sí sería determinable— en las relaciones entre vendedor y comprador de crédito, como porque se ofrecía esa quita sujeta al reembolso de una parte de la deuda a quien más dificultad tendría para hacer frente al pago de ninguna cantidad: el deudor económicamente vulnerable, calificado así a partir de la aplicación de los rigurosos criterios legales. En definitiva, la previsión trataba de establecer una comunicación entre el sacrificio económico asumido por el acreedor al vender el crédito y la deuda exigible tras la asunción de dicho sacrificio, en una lógica equivalente a la que encontramos en la regulación del derecho del deudor ante la cesión de un crédito litigioso en el art. 1535 Cc. Finalmente, el proyecto de ley omitió la previsión y la sustituyó, como veremos en el apartado 3.4, por una condonación sujeta a un plan de pagos, pero ya solo y sin que ello se justifique debidamente¹⁷, aplicable a los créditos al consumo.

Por otra parte, y a diferencia de otras medidas introducidas por la Directiva NPL, la medida relativa a la notificación de la cesión del crédito -conocida en el tráfico como «hello letter»-, gracias a las modificaciones que la misma Directiva incorpora en la DCI (art. 28 *bis*), favorece a todos los deudores cedidos y no solo a los deudores cedidos cuyas deudas se califiquen como exposiciones dudosas. La previsión ya existía en la DCC 2008 (art.17.2)¹⁸ que ahora se incluye en el art. 39

28.2 del Código civil de Cataluña que obliga a informar en caso de cesión de crédito garantizado con hipoteca: «el precio convenido o el valor que se da al derecho» o el ya derogado —por la Ley 5/2025, de 30 de mayo— art. 26 del Decreto Legislativo 1/2019, de 13 de noviembre, de la Comunidad Valenciana, que obligaba a informar del «precio en euros de la transmisión». La norma catalana tenía su razón de ser en otra norma que reconocía el derecho del deudor a liberarse de la deuda pagando el precio de la cesión, ofreciendo una solución semejante a la del art. 511 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra; la norma se contenía en la Disposición Adicional de la Ley 24/2015, de 29 de julio, que fue declarada inconstitucional por la STC 13/2019, de 31 de enero.

¹⁷ Así se hace notar en el Informe de la Comisión nacional de los mercados y de la competencia indicando la conveniencia de justificar el trato divergente dispensado. Llama la atención esa evolución del texto presentado a tramitación parlamentaria puesto que la norma europea quiere proteger especialmente a los créditos garantizados con bienes de uso residencial (considerando 56 de acuerdo con el cual la renegociación de la deuda debe tener en cuenta «las circunstancias individuales del consumidor, sus intereses y derechos y su capacidad para reembolsar el crédito, en particular si el contrato de crédito está garantizado por un bien inmueble de uso residencial que constituya la residencia principal del consumidor»). Así en cambio, transposiciones como la realizada en Alemania, mediante la *Ley para promover mercados secundarios de créditos ordenados y para implementar la Directiva (UE) 2021/2167*, de 22 de diciembre de 2023 (BGBl. I 2023 Nr. 411), que modificó el art. 10 de la Ley bancaria de 9 de septiembre de 1998, sí toman en consideración esa circunstancia como especialmente relevante a los efectos de solicitar indulgencia en la aplicación de medidas de reestructuración o financiación de la deuda. Sin embargo, la mayoría de las transposiciones han optado por fórmulas genéricas de protección mediante la enumeración de las alternativas de renegociación de la deuda, sin considerar si el crédito está garantizado con la vivienda habitual del prestatario consumidor.

¹⁸ La doctrina había criticado esa previsión dispar y abogado por la extensión de la previsión de la DCC a la DCI. Véase K. J ALBIEZ DOHRMANN, «El derecho de información del

de la nueva DCC 2023, que deroga la norma de 2008. La mencionada modificación obligará, además, a reformar el art. 149 de nuestra Ley Hipotecaria, que tras la reforma practicada en 2007 suprimió la carga de notificar la cesión¹⁹. A su vez, la norma extiende la carga informativa más allá de los supuestos de cesión y la aplica también a la modificación de las condiciones del contrato de crédito a raíz de la adición del art. 11 *bis* a la DCC 2008 y el art. 27 *bis* a la DCI, imponiéndola con carácter previo a la práctica de tales modificaciones y concretando el contenido de lo que debe informarse²⁰.

El conocimiento de la cesión se relaciona con la adecuada protección de los derechos de la parte consumidora y, sobre todo, con la actuación transparente y profesional de quien ocupa ahora la posición acreedora o quien actúa *ex novo* como administrador del crédito cedido para lograr su cobro. Es por ello por lo que, a la carga de notificar la cesión, se le suma la carga de notificar la designación de un administrador.

Existe una excepción al cumplimiento del deber de comunicación en los casos en los que el prestamista original siga actuando como tal frente al consumidor. La excepción se contempla en el art. 39 DCC 2023 y en el art. 28 *bis* apartado 2 DCI, que darán lugar a los futuros arts. 25 *ter* apartado 3 LCI y art. 30 *bis* apartado 5, párrafo 5º LCC, una vez se haya introducido la modificación proyectada sobre sendas leyes, pendiente la transposición la DCC 2023 respecto de esta última ley.

En todo caso, tras la transposición de la Directiva NPL y por aplicación del art. 10 del RDL 1/2007, deberá considerarse nula la renuncia previa a la notificación de la cesión —notificación que es un derecho del consumidor—, prescindiendo del carácter abusivo o no de la cláusula por la que se establezca dicha renuncia. El Tribunal Supremo ha concluido que no puede considerarse abusiva la cláusula por la que el consumidor renuncia a la notificación de la cesión puesto que dicha renuncia no le causa perjuicio ni «altera la posición contractual de los contratantes, de forma que ni provoca perjuicio alguno al deudor cedido ni genera ningún desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, presupuestos necesarios para apreciar su abusividad (art. 82.1

consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 2017, pp. 2858 y ss.

¹⁹ Sin una adecuada concordancia con los arts. 150 y 151 LH. Véase al respecto M.E. GINEBRA MOLINS, «Comentario al artículo 149 LH» en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019, p. 1490.

²⁰ En ambas normas debe informarse: «a) una descripción clara de las modificaciones propuestas y, cuando proceda, la necesidad de contar con el consentimiento del consumidor, o de las modificaciones introducidas por efecto de la ley; b) el calendario para la aplicación de las modificaciones señaladas en la letra a); c) los medios de reclamación a disposición del consumidor en relación con las modificaciones señaladas en la letra a); d) el plazo para la presentación de la reclamación en cuestión; e) el nombre y la dirección de la autoridad competente ante la que el consumidor puede presentar la reclamación».

TRLDCU)»²¹. Sin embargo, el pronunciamiento judicial no tuvo en cuenta, por no estar todavía en vigor, la previsión de la Directiva NPL. Sin duda, a partir de ahora, la nulidad de la cláusula procederá de la contravención de una norma imperativa que reconoce ese derecho al consumidor sin tener que entrar a valorar si su incorporación causa o no perjuicio al consumidor.

En cuanto a la carga negativa de no facilitar información engañosa, confusa o falsa (art. 10.1 letra *b* de la Directiva NPL), se refiere a exigencias distintas de las referidas a los términos de la comunicación (art. 10.1 letra *d* de la Directiva NPL), de forma que aquella carga se proyecta sobre el contenido de lo informado y la que atañe a la comunicación, se refiere al lenguaje empleado en la relación con el prestatario. Se pretende combatir la desinformación del consumidor orientada en este caso a compeler al pago de la deuda mediante el anuncio, por ejemplo, del embargo inmediato de sus cuentas, la comunicación de la interposición de una demanda que en realidad todavía no se ha interpuesto o la imposición de gastos no devengables. La terminología remite a la empleada en la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales, siendo que el engaño y la falsedad se relacionan con la acción y el contenido de la información (es engañosa la información que contenga datos falsos) y la confusión se relaciona con la forma con que la información se presenta, planteada o formulada de tal modo que induzca a error al consumidor (considerando 14 y art. 6). La relación entre ambos marcos normativos —el de la regulación de la concesión del crédito y el de las prácticas comerciales desleales— se establece en la nueva Directiva de crédito al consumo (considerando 32), que se refiere a la funcionalidad de la Directiva de prácticas comerciales desleales como «red de seguridad» del alto nivel común de protección de los consumidores en todos los sectores. La regulación en sede de créditos contratados por consumidores atiende sobre todo al contenido de las comunicaciones comerciales (considerando 37 y arts. 3.5 y 10 DCI y art. 7 DCC 2023) pero debe aplicarse a cualquier comunicación del prestamista al prestatario.

A su vez, los deberes de información a los que alude la norma europea se proyectan de forma más concreta en el Proyecto de Ley en lo relativo al deber de comunicar a los prestatarios que, por razón de su especial condición de vulnerabilidad económica, tienen derecho a la renegociación de la deuda en términos más favorables que el resto de los deudores cedidos (art. 30 *bis* apartado 5 LCC según la redacción que prevé el Proyecto). El deber de comunicación se extiende, en general, a la existencia y términos de la política de renegociación de deudas de la que disponga la entidad ante los supuestos de impago, a las medidas

²¹ Fundamento de Derecho cuarto, apartado 4, de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 581/2023, de 20 de abril.

recogidas en los códigos de buenas prácticas a los que la entidad esté adherida y a la advertencia de las potenciales consecuencias de la reiteración en el impago (art. 25 *bis* apartado 3 LCI y art. 30 *bis* apartado 3 LCC según la redacción que prevé el Proyecto de Ley NPL).

El problema principal que plantean los deberes impuestos por el art. 10 de la Directiva NPL es la ausencia de sanción por su contravención en el marco de la relación entre prestamista y prestatario, si bien en la transposición proyectada obtiene su correspondiente sanción administrativa, al tipificarse como infracción grave su incumplimiento (art. 36.3 letra *d* del Proyecto de Ley), salvo que tengan carácter ocasional o aislado.

2.2. Vulnerabilidad del deudor consumidor e irrelevancia de la ausencia de asesoramiento jurídico: la carga de informar del juez de los derechos que asisten al consumidor

Más allá de la carga de no facilitar información engañosa, confusa o falsa del comprador o del administrador del crédito, se plantea la cuestión de la relevancia del asesoramiento jurídico, a menudo inexistente en aquellos contextos de vulnerabilidad económica en las que se pueden hallar frecuentemente los deudores en situación de morosidad estática o cristalizada.

Se sugiere entonces si el juez, en el marco de un procedimiento en el que el consumidor es demandado en reclamación de una deuda o incluso, en otro contexto²², debe velar y hasta qué punto, porque los derechos del consumidor puedan hacerse valer. La doctrina, en especial la procesalista, hace tiempo ya que analiza de qué forma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea incide en los límites de la actuación de oficio de juez para la tutela efectiva de los derechos de los consumidores y de qué manera la ampliación de las facultades del juez puede conciliarse con el principio dispositivo sobre el que se fundamenta el proceso civil y con la exigencia de congruencia procesal²³. El tema se tratará ampliamente más adelante en esta misma obra²⁴, pero queremos ahora incidir en el impacto de dicha tendencia

²² Como señala L. CABALLOL ANGELATS, «La tutela judicial civil dels drets dels consumidors i usuaris, L. ARNAU RAVENTÓS (coord.), *Dret català de consum*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 256, la protección procesal del consumidor deber garantizarse tanto si ocupa la posición de demandante como la de demandado, siendo habitual plantear esa protección desde la perspectiva de la posición demandante, justo al revés de lo que sucede en el contexto que analizamos.

²³ Véase M. CEDEÑO HERNÁN, «¿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*, núm. 10474, de 26 de marzo de 2024.

²⁴ Véase el Capítulo a cargo de M. CEDEÑO HERNÁN.

en los casos en los que una parte del proceso se halla en una situación de especial vulnerabilidad.

De acuerdo con la doctrina más reciente del TJUE (Sentencia de 14.9.2023, *Tuk Tuk Travel*, asunto C83-22, ECLI: EU:C:2023:664, §§60 a 64)²⁵, que matiza pronunciamientos anteriores más invasivos con la autonomía procesal de los estados miembros²⁶, un órgano jurisdiccional nacional está obligado a examinar de oficio si una norma concreta que integre el Derecho de la Unión es aplicable al litigio siempre que exista un interés público en la aplicación de la misma y en ese caso, debe informar al consumidor sobre sus derechos y permitirle invocar esos derechos de los que se le ha informado. No es el juez el que da cumplimiento de oficio a dichos derechos, sino quien advierte de su existencia y de su posible alegación, supliendo, en consecuencia, el deficiente asesoramiento de la parte consumidora. Sin duda, si bien esta nueva posición permite salvaguardar en mayor medida el principio dispositivo y más concretamente, el de justicia rogada (art. 216 LEC) así como la exigencia de congruencia procesal (art. 218.1 LEC), propios del procedimiento civil, no deja de comprometer, en cierta medida, la necesaria imparcialidad del juzgador impuesta por el art. 318.1 de la Ley orgánica del poder judicial al facilitar a una parte orientaciones sobre su estrategia de demanda o de defensa. Y es que, además, en cualquier litigio del que sea parte un consumidor, podrá valorarse la existencia de un interés público subyacente relacionado con su protección.

Por otro lado, se ha planteado si la falta de asesoramiento letrado²⁷ de la parte consumidora, debe influir en el despliegue de las facultades de dirección del juez orientadas a la tutela efectiva de los derechos del consumidor. Ello se ha suscitado en relación con la apreciación de oficio de cláusulas abusivas y se ha concluido que el hecho de que la parte esté asistida de abogado es irrelevante, considerando

²⁵ El órgano jurisdiccional remitente pregunta si los arts. 114 TFUE y 169 TFUE, así como el art. 12.2 de la Directiva 2015/2302, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de los principios de justicia rogada y de congruencia, consagrados en diversos preceptos de la LEC, cuando la aplicación de estos últimos pueda impedir la protección efectiva del consumidor que actúa como parte demandante porque la resolución de un contrato de viaje combinado cumple los requisitos establecidos en dicho art. 12, apartado 2, y el viajero afectado reclama ante el juez nacional una cantidad inferior al reembolso completo. Se plantea, en definitiva, si en virtud de los mencionados principios procesales, ese juez no puede concederle de oficio el reembolso completo. La respuesta es «que el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2015/2302 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».

²⁶ La conocida STJUE de 3 de octubre de 2013 *Duarte Hueros* (TJCE\2013\309).

²⁷ Al que se refiere el Considerando 22 de la Directiva NPL.

que la ampliación de las facultades del juez se relaciona con el desequilibrio originario en las posiciones contractuales y no con la asistencia letrada del consumidor²⁸. Se concluye, pues, que la asistencia letrada, que sí es relevante en otros contextos a los que se extiende una lógica consumerista para dar respuesta a asimetrías distintas a las que se abstraen de la relación empresario-consumidor, por ejemplo, al referir una contratación entre cónyuges, categorizando a uno como fuerte y a otro como débil²⁹, carece de todo efecto modulador respecto de la extensión de los poderes de dirección del juez nacional en el proceso civil³⁰.

A partir de estos planteamientos, podemos cuestionar hasta donde debe llegar esa información acerca de los derechos que asisten a la parte consumidora y hasta qué punto, esa información no es verdadero asesoramiento jurídico y si en él también se incluirían aspectos como la posibilidad de informar a la parte demandada de su derecho de oponer la prescripción de la pretensión planteada por la parte demandante³¹.

²⁸ STJUE de 11.3.2020, *Lintner* (asunto C-511/17), ECLI: EU:C:2020:188.

²⁹ Vemos muestras de ello en la regulación de los pactos en previsión de ruptura en el art. 231-20.2 del Código civil de Cataluña, que exige el asesoramiento separado de los cónyuges por parte del notario antes de autorizar la escritura que contiene esos pactos o el art. 233-5.2 de la misma norma, que supedita la plena vinculación del acuerdo amistoso de ruptura a la presencia de asistencia letrada independiente. Sobre ello tuvimos ocasión de trabajar en G. RUBIO GIMENO, «La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos sobre ruptura de pareja: ¿un contexto negocial naturalmente asimétrico?», en A. SERRANO DE NICOLÁS (coord.): *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución Española*, Madrid, Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021, p. 166 y ss.

³⁰ M. CEDAÑO HERNÁN, *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 77.

³¹ Recientemente se ha planteado una cuestión prejudicial por parte del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada mediante Auto de 17.07.2025 (ECLI:ES: JPI: 2025:10A) por la que se plantea si, en virtud del principio de efectividad, el art. 10.1 de la Directiva NPL debe interpretarse en el sentido de permitir al órgano nacional comprobar de oficio si se ha producido la prescripción de una deuda que el comprador o el administrador reclama judicialmente al prestatario consumidor. La cuestión ya ha sido admitida a trámite (Asunto C-476/25 - Seruel). Parecería que, siguiendo la doctrina jurisprudencial indicada en el texto, lo que tal vez podría admitirse es que el juez nacional informase al consumidor acerca de su derecho a alegar la prescripción de la pretensión crediticia, salvando formalmente con ello, la observancia de la norma civil con eficacia procesal que impide al juez apreciar de oficio la prescripción, norma expresamente recogida en ordenamientos como el catalán (art. 121-4 del Código civil de Cataluña) y asumida pacíficamente por la doctrina en ordenamientos como el español, en el que no se recoge de modo directo. Así, L. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 96, señala que: «a través de la prescripción se tutela un interés individual muy concreto: el del sujeto pasivo. Se considera injusto y por ello inadmisibles que una persona quede expuesta a pretensiones tardías. Pues bien, si el interés directamente tutelado es este, su ejercicio tiene que corresponder únicamente a los interesados. De ello se deduce, a mi juicio, que la prescripción no podrá ser nunca puesta en marcha de oficio, sino que su aplicación tiene que ser provocada por quien tenga interés en ella». Y, es más, por aplicación de los principios procesales de audiencia, contradicción y preclusión procesal, se exige que la prescripción sea alegada de manera expresa, no solo que conste en autos o que se deduzca de los hechos alegados sin que pueda tenerse en cuenta si se alega en el recurso de apelación, de modo que el tribunal no podrá, pronunciarse

Desde nuestro punto de vista, es mucho mejor reforzar la protección sustantiva del deudor mediante normas civiles que permitan la apreciación de oficio de la prescripción cuando se trate de pretensiones contra consumidores o que determinen la inexigibilidad de la deuda prescrita contra un consumidor³².

2.3. La inalterabilidad de la posición deudora

La conexión entre el riesgo de debilitar la posición deudora y la cesión del crédito ya se ha manifestado en textos precedentes, como el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios. La norma incluyó entre sus medidas, la obligación de las entidades adheridas al Código de garantizar la salvaguarda de los derechos de los deudores, que se tipifica como obligación de ordenación y disciplina de mercado, para evitar, se dice, la desprotección de las familias vulnerables en caso de venta de las carteras de créditos hipotecarios a terceros (EdM y art. 4 apartado 7).

A nivel europeo, además de en el considerando 40 y en el art. 10 de la Directiva NPL, la misma idea se plasma en la DCC 2023 (considerando 89 y art. 39.1).

Se trata de que, tras la cesión, «los derechos de los prestatarios sigan siendo los derivados del contrato de crédito inicial» (considerando 40 de la Directiva NPL) y de que los prestatarios puedan hacer valer «sus derechos en virtud del Derecho de la Unión» (considerando 41 de la Directiva NPL).

En cuanto al alcance con el que el deudor cedido puede defenderse de la reclamación del cesionario o del administrador del crédito, la Directiva incide en la inalterabilidad de la posición deudora tras la

sobre una prescripción no invocada oportunamente por la parte. Cfr. A. DOMINGUEZ LUELMO y F. TORIBIOS FUENTES, *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, La ley, p. 132.

³² Esa es la opción que han tomado reformas legislativas como la introducida en el § 54a Código civil de Eslovaquia modificado mediante la Ley 342/2018, de 5 de diciembre o más recientemente, el art. 2223 del Código civil belga, modificado por Ley de 15 de mayo de 2024, de medidas para combatir el sobreendeudamiento y proteger a las empresas con dificultades. Mientras que la primera norma establece la «inexigibilidad» de las pretensiones de consumo prescritas, exceptuando los créditos garantizados con un gravamen contemplados por el art. 151 letra j, apartado 2 del mismo Código civil, la segunda permite a los jueces y como excepción a la regla general, apreciar de oficio la prescripción en procedimientos iniciados por un empresario en los que se reclame una deuda pecuniaria a un consumidor.

cesión, estableciendo que el nivel de protección de los consumidores no puede verse afectado en caso de cesión a terceros de los derechos del acreedor (considerando 57). Lo hace aludiendo únicamente a los créditos garantizados con hipoteca —siendo, no obstante, predicable de cualquier crédito que caiga en el ámbito de aplicación de la Directiva— y por ello, introduce una modificación de la DCI consistente en la adición del art. 28 bis, por el que establece que el deudor cedido conservará frente al cesionario las mismas excepciones que tenía frente al cedente, con expresa alusión a la excepción de compensación en los términos reconocidos por el legislador nacional, en nuestro caso, por aplicación del art. 1198 CC³³, pero también a cualquier *defensa* oponible al prestamista original.

La alusión genérica a esas defensas en sentido amplio, permite argumentar que la existencia de un proceso de renegociación de la deuda con el cedente o cualquier otra manifestación de tolerancia en la reclamación de misma y la ejecución de las garantías o la adhesión a un Código de buenas prácticas —tal como se ha recogido expresamente en la Exposición de Motivos y en el art. 14.2 del Proyecto de ley NPL—, podrá ser opuesta al cesionario, teniendo en cuenta además, y según mencionaremos a continuación, el comportamiento flexible que la Directiva exige al comprador y al administrador del crédito dudoso, en especial, cuando el prestatario sea consumidor y el crédito esté garantizado con su vivienda habitual.

La afirmación acerca inalterabilidad de la posición deudora no añade nada, en realidad, al efecto general de la cesión de créditos³⁴ y ya se mencionaba en la DCC 2008 (art. 17.1), pero lo que la norma trata de preservar es que la alegación de los derechos del prestatario se pueda llevar a cabo de la forma menos gravosa para él (art. 14.2 *in fine* del Proyecto de Ley NPL), resultando ello de una previsión necesaria en el acuerdo entre la entidad de crédito cedente y el comprador de créditos.

³³ Como señala M. ANDERSON, «La ejecución de créditos hipotecarios y la “tolerancia razonable” del acreedor: las reformas del artículo 28 de la Directiva (UE) 2014/17, sobre créditos inmobiliarios», *Revista de Derecho civil*, vol. 11, núm. 1, 2024, p. 78, el art. 1198 Cc exigiría una concreción a raíz de la transposición de la Directiva NPL cuando el prestatario sea un consumidor. Lo cierto es que la opción legislativa del legislador estatal determinaría que esa concreción se emplazase, seguramente, en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios o en las respectivas normas contenidas en la LCI y la LCC. Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado una relevante resolución (STS 1123/2025, de 15 de julio, JUR\2025\211426) en interpretación del art. 1198 Cc en un caso que no implicaba a consumidores, pero en el que se examinaba la relevancia del consentimiento del deudor a la cesión del crédito. En ella se dilucida si un deudor que ha consentido la cesión puede hacer valer excepciones objetivas derivadas del incumplimiento del contrato —en el supuesto por falta de entrega de la mercancía— y se concluye que la pérdida de excepciones exige la renuncia expresa del deudor, no su mero consentimiento a la cesión del crédito.

³⁴ Esa misma referencia a la inalterabilidad de la posición del deudor la hallamos en el art. 9.1.13 Principios UNIDROIT, en el art. 11:307 PECL o en el art. III.-5:116 DCFR.

Seguramente esa expresión indefinida pueda concretarse, también, en la provisión de medios efectivos de resolución del conflicto que no pasen por la necesaria judicialización de este.

2.4. El contrato de administración de créditos y el contrato de externalización de las actividades de administración de créditos

De acuerdo con el considerando 32 de la Directiva NPL: «Cuando un comprador de créditos confía a un administrador de créditos la gestión y ejecución de un contrato de crédito, el comprador de créditos delega sus derechos y obligaciones y también su contacto directo con el prestatario en el administrador de créditos, aunque sigue siendo responsable en última instancia». Ello da lugar a la relación contractual entre el comprador de créditos y el administrador de los mismos (art. 11 de la Directiva) y a la relación contractual que surge cuando el administrador externaliza su actividad de administración de créditos en un tercero (art. 12 de la Directiva). Esa delegación, que en el Proyecto de ley para la transposición de la Directiva se tipifica, en el art. 23, como «contrato de administración de créditos» puede categorizarse dentro del tipo contractual del mandato (art. 1709 Cc o 622-21 CCCat) —cuyo objeto puede ser no solo la reclamación de lo impagado, sino la novación de un contrato de préstamo tras la renegociación con el deudor— y dado que se llevará a cabo entre empresarios y mediante una actividad profesional, su regulación caerá dentro de la comisión mercantil (arts. 244 a 280 del Código de comercio); la relación de delegación entre el administrador y el proveedor de servicios de administración de créditos —*servicer*— da lugar a una actividad delegada, que necesariamente debe tener un alcance parcial (art. 12.1. letra *b* de la Directiva).

El art. 23 del Proyecto de ley NPL ha introducido la regulación del contrato de administración de créditos mediante una transposición literal del art. 11 de la Directiva NPL, modificando únicamente el plazo de conservación de la documentación relativa a las comunicaciones mantenidas con el prestatario y la correspondiente a la contratación.

Siendo que la Directiva impone normas de protección de los consumidores en la reclamación de deudas cedidas, ello impacta en el margen de autonomía de la gestión llevada a cabo por el administrador o el *servicer*. Así, el administrador del crédito cumple principalmente algunas o todas de las siguientes actividades: recaudar o recuperar los pagos vencidos relativos al derecho cedido, renegociar las condiciones del crédito de acuerdo con las instrucciones del comprador del crédito, gestionar las reclamaciones del deudor e informar al deudor de cualquier cambio en las condiciones del crédito (art. 3 apartado 9 de la Directiva NPL). El aspecto tal vez más relevante es el relativo a la

extralimitación en la actuación del administrador respecto las instrucciones del comprador si esa extralimitación resulta del cumplimiento de las normas legales imperativas aplicables para proteger al prestatario consumidor cedido, por ejemplo, para dar cumplimiento al obligado plan de pagos previsto en el nuevo art. 30 *bis* LCI como resultado de la renegociación de la deuda. Como en cualquier contrato de mandato, el elemento que identifica el contrato es el encargo que el mandante hace al mandatario³⁵ y que se define en virtud de las instrucciones que el primero facilita al segundo. Ahora bien, en el contexto que nos hallamos, esa actuación extralimitada del administrador de créditos tal vez pueda dar lugar a la responsabilidad por incumplimiento del contrato frente al comprador mandante, pero a diferencia de la previsión general en sede de contrato de mandato (art. 1727 Cc y art. 622-22 CCCat), sí vinculará al mandante frente al consumidor; además, dada la actuación profesional del administrador, el incumplimiento de la previsión legal, si resulta de la instrucción expresa del comitente, conllevará responsabilidad para ambos (art. 259 Cco).

Podría incluso argumentarse que ese eventual incumplimiento contractual no debiera acarrear responsabilidad, pues recordemos que la actividad del administrador de créditos es una actividad supervisada y esa supervisión recae sobre el cumplimiento de los requisitos impuestos por la Directiva (art. 14 de la Directiva NPL) y por las normas nacionales que la transpongan. Ello podrá ser así siempre que el administrador haya informado al comprador titular del crédito, previamente a la conclusión de cualquier acuerdo de renegociación de la deuda, de qué los términos de las instrucciones que le ha facilitado para el cobro de la deuda no son compatibles -no «razonables», siguiendo la terminología empleada por el art. 9.2 letra *c* de la Ley del contrato de agencia³⁶-con la previsión legal imperativa.

La Directiva NPL prescinde de la autorización del comprador del crédito al administrador para que este pueda externalizar las actividades de administración del crédito dudoso cedido o de si se ha prohibido dicha externalización (art. 12 de la Directiva NPL), pues en todo caso (con o sin autorización), el administrador sigue respondiendo frente al comprador de la gestión llevada a cabo por el proveedor de servicios de administración del crédito (apartado 1 letra *a* del mencionado art. 12) y además, responde frente al organismo supervisor del cumplimiento de las obligaciones legales aplicables (art. 12.1).

³⁵ P. DEL POZO CARRASCOSA, «El contrato de mandato en el Código civil de Cataluña: el desarrollo del encargo», A. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Madrid, Col·legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, 2018, pp. 347 y ss.

³⁶ P. DEL POZO CARRASCOSA, *idem*, p. 350, toma esa expresión para resolver la situación en la cual el mandatario debe adaptar las instrucciones del mandante.

3. LA RELACIÓN EQUITATIVA CON EL PRESTATARIO CEDIDO

La Directiva NPL se refiere al riesgo reputacional que para las entidades de crédito puede conllevar la cesión del crédito dudoso para que lo reclame un tercero cesionario (considerando 41). La equidad con la que se trate al prestatario antes y después de la cesión es un factor determinante para evitar ese daño reputacional. Esa relación equitativa debe ser una manifestación de la ética contractual que debe concurrir en la concesión y gestión del crédito.

3.1. La actuación justa y profesional del prestamista y del administrador del crédito

El comportamiento que la norma exige en la concesión del crédito (honesta, imparcial, transparente y profesional) —art. 32.1 DCC 2023—, debe persistir durante la ejecución del contrato de préstamo y también en caso de que se ceda el crédito a un tercero y sea el cesionario o un mandatario contratado por este, el que reclame la deuda (art. 10.1 de la Directiva NPL).

Esa misma exigencia de trato justo o equitativo propia de la actuación de los intermediarios del mercado —la hallamos también en el art. 17.1 de la Directiva (UE) 2016/97, de 20 de enero, sobre la distribución de seguros en relación con los intermediarios— se impone con la misma orientación cuando la intervención ya no es la propia de la intermediación, sino que dimana de la titularidad del derecho o de la estricta representación³⁷. En particular, con relación a esta última actividad, la de la representación de quien actúa en nombre y por cuenta de otro, preocupa al legislador europeo la conducta observada por el administrador de la deuda, dejando a la autonomía de los Estados la regulación de los requisitos relacionados con la honorabilidad, los conocimientos y la experiencia adecuados para desempeñar la actividad (considerando 28 de la Directiva NPL).

El art. 6.2 apartado 1º del Proyecto de Ley transpone literalmente los requisitos de honorabilidad previstos en el art. 5 de la Directiva NPL que se relacionan con la ausencia de determinados antecedentes penales, la actuación previa de cooperación y transparencia mantenida con las autoridades de supervisión y de regulación y el no hallarse

³⁷ Sin que en el derecho europeo exista una construcción acerca de la institución de la representación a la que los textos aluden indiferenciadamente como «actuar en nombre o por cuenta de otro». Véase al respecto, L. ARNAU RAVENTÓS, «Intermediarios en el Derecho europeo: trazas de su responsabilidad por falta de cumplimiento del contrato intermediado», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2025), Vol. 17, núm. 1, pp. 229 y ss.

inmerso en un procedimiento concursal ni haber sido inhabilitado en concurso culpable salvo que ya haya tenido lugar la rehabilitación.

3.2. Los términos de la comunicación con el prestatario: ni acoso, ni coacción ni influencia indebida

Ante la ausencia de un marco legal para la actividad de recobro extrajudicial de impagados, dicha actividad privada se ha venido desarrollando al amparo de las normas generales del Código civil (art. 1096 Cc) y también considerando las normas penales, en especial, las que tipifican los delitos de acoso (art. 172.ter 1 CP), de coacciones (art. 172.1 CP) o de amenazas (art. 171 CP).

La Directiva NPL provee ese marco legal pero solo respecto de los créditos dudosos que hayan sido objeto de cesión, aunque cabe esperar que la imposición de obligaciones en ese contexto y la supervisión de su actividad de lugar a una estandarización de la actividad de recobro en general.

El art. 10 de la Directiva NPL recurre a las categorías usadas para tipificar las prácticas comerciales desleales agresivas con consumidores (arts. 8 y 9 de la Directiva 2005/29/CE) al tiempo de definir los términos prohibidos en la comunicación con los prestatarios por parte de los compradores y administradores de créditos dudosos. Y aunque tales prácticas sobre todo hallan su ámbito natural de aplicación en la fase de comercialización de bienes y servicios, también resultan aplicables en la ejecución del contrato y en particular a la relación con el prestatario, según destaca el Considerando 21 de la Directiva NPL³⁸. Se está planteando, por tanto, que la comunicación en los términos prohibidos agrava la asimetría de poder entre las partes y puede alterar de manera significativa el comportamiento racional del prestatario consumidor. Particularmente será de aplicación en este caso la previsión contenida en el art. 9 letras *b*, *c* y *e* de la Directiva 2005/29/CE. Ya en la previsión de esta norma, se atiende a circunstancias como la persistencia y el empleo de un lenguaje —entendido como la forma de transmitir la información— para apreciar la concurrencia de la práctica agresiva.

Mientras el acoso se relaciona con una forma de persecución o apremio hostil para conseguir una determinada respuesta contractual,

³⁸ «Por otra parte, la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la protección de los consumidores garantizada por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (12), por la que se prohíben las prácticas comerciales desleales, incluidas aquellas que tienen lugar durante la ejecución de un contrato, mediante las cuales se confunde al consumidor acerca de sus derechos y obligaciones o se lo somete a acoso, coerción o influencia indebida, incluso en términos del calendario, la localización, la naturaleza o la persistencia de las acciones de ejecución, mediante el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante o la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.».

la coacción implica una presión psicológica intensa que sitúa al interlocutor ante la tesitura del mal menor y por tanto, siempre se aparea a una consecuencia negativa en caso de no conducirse según lo conminado; finalmente, la influencia indebida³⁹, muy cercana a la institución del ventajismo, que es la única de las tres nociones que la Directiva 2005/29/CE define (art. 2.j), se vincula a la utilización de una posición de poder⁴⁰, a menudo en el contexto de una relación previa de confianza⁴¹, con la que se pretende interferir en la toma de decisiones con el debido conocimiento de causa por parte del destinatario. La especial relación de confianza no suele estar presente en la relación entre cesionario y deudor cedido, pero sí una especial vulnerabilidad del deudor cedido frente a un acreedor profesional que reclama el pago de una deuda en situación de morosidad⁴².

El proyecto se refiere a los términos de la comunicación con el prestatario (art. 22.1 letra d); así por ejemplo, enviar una reclamación en un sobre que exhiba que se está reclamando una deuda⁴³, la realización de llamadas conminatorias o en horarios intempestivos o la amenaza de una inclusión indebida en un fichero de solvencia patrimonial, la personación física en el lugar en el que se halla el deudor o la información falsa acerca del ejercicio ya iniciado de acciones judiciales, serían ejemplos de una actuación contraria a la previsión legal. Es misma orientación se halla al regular los cargos por mora o vencimiento anticipado en el nuevo art. 30 *ter* LCC (según la redacción que incorpora el Proyecto), que se refiere al carácter respetuoso con la privacidad del cliente de las comunicaciones del prestamista y las gestiones de recuperación de la deuda y a su proporcionalidad y comedimiento.

³⁹ E. GONZÁLEZ PONS, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2019, pp. 87 y ss.

⁴⁰ Institución del derecho inglés relacionada habitualmente con la fase precontractual en situaciones de presión indebida. F. J. INFANTE RUIZ, *El “aprovechamiento injustificado” como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 41 y ss. En el contexto descrito por la Directiva NPL, la influencia indebida se relaciona con la *inequality of bargaining power* o desequilibrio en el poder de negociación y el fundamento de la influencia indebida que gana más relevancia es el de proteger a uno de los contratantes de ser victimizado.

⁴¹ R. BARCELÓ COMPTE, *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons-Col·legi Notarial de Catalunya, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019, pp. 111 y ss.

⁴² La influencia indebida que la Directiva relaciona con el comportamiento que no debe observar el cesionario frente al deudor cedido, ha sido vinculada por la doctrina a una situación bien distinta: la de la advertencia por parte del deudor a su acreedor de no estar en condiciones de cumplir la prestación y con un requerimiento que se considera coactivo, para renegociar las condiciones económicas. Así, F. YAÑEZ VIVERO, *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 o F.J. INFANTE RUIZ, «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la *undue influence* como vicio del consentimiento», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 2, 2021, pp. 16 y 17.

⁴³ Véase la STS 615/2004, de 1 de julio, RJ\2004\4287 o la STS 306/2001, de 2 de abril, RJ\2001\3991.

En sede de revisión de la Directiva NPL, la Comisión europea deberá valorar la conveniencia de introducir formatos comunes de información para las comunicaciones con los prestatarios y para la propuesta de medidas de reestructuración o refinanciación (art. 31 letra c de la propia Directiva).

3.3. La atención a la especial vulnerabilidad económica del deudor cedido

La especial vulnerabilidad del consumidor plantea una valoración multifactorial en el Texto refundido de la Ley general de consumidores y usuarios (art. 3.2). La debilidad contractual de la persona consumidora puede responder a múltiples variables, así a causas endógenas como la edad, la discapacidad⁴⁴ o el nivel de formación⁴⁵ o exógenas, como la situación económica/financiera⁴⁶ o geográfica, que, si confluyen,

⁴⁴ Así el Reglamento (CE) núm. 1107/2006, de 5 de julio, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DOUE-L-2006-81414).

⁴⁵ La Exposición de motivos de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE-A-2022-3198), se refiere a la incidencia del nivel formativo y cultural del consumidor en las relaciones de consumo y que sitúa en posiciones de vulnerabilidad a aquellas personas que cuentan con menores niveles de estudios, refiriéndose la ley a las circunstancias educativas en el art. 3 al contemplar la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto relaciones concretas de consumo.

⁴⁶ Así en la normativa que examinamos, en la regulación del Código de buenas prácticas para deudores en riesgo de vulnerabilidad establecido por el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, en la regulación de la suspensión del lanzamiento ordenado con ocasión de ejecución hipotecaria introducida por el art. 1.1 la ley 1/2013, de 14 de mayo, que se ha ido prorrogando mediante sucesivos Real-Decretos-ley —el último el 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables que prorroga la medida hasta el 15 de mayo de 2028— o en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (vgr. art. 14) que introduce medidas en el procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad (art. 441 LEC) o de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento (art. 10.2 LAU). También en iniciativas legislativas aún por aprobar que contemplan el derecho al error de colectivos económicamente vulnerables cuando percibes cantidades económicas de la Administración que no les correspondían sin que hayan incurrido en mala fe o fraude al percibirlas; el art. 22 *ter* que se pretende añadir al modificar la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, en relación con el derecho a una atención adecuada y a una buena administración prevé: «*Dret de les persones a no ser perjudicades per un error administratiu en les prestacions destinades a garantir les necessitats essencials de subsistència* 1. En cas que es detecti un pagament indegut derivat d'un error administratiu o d'una actuació administrativa indeguda, sense la deguda diligència, referida a prestacions destinades a garantir les necessitats essencials de subsistència, les persones físiques no estaran obligades a retornar l'import principal ni els interessos de la prestació percebuda indegudament, sempre que concorrin simultàniament les condicions següents: a) Que la persona beneficiària no hagi contribuït, per acció o omissió, a la producció de l'error administratiu. b) Que l'error administratiu sigui exclusivament imputables a l'administració. 2. En els casos previstos a l'apartat anterior, l'administració iniciarà el procediment de reintegrament de l'import principal de la prestació, però no podrà exigir cap quantitat en concepte d'interessos de demora o de qualsevol altre tipus de recàrrec, d'acord amb els principis de proporcionalitat, equitat i bona administració. 3.

originan supuestos de vulnerabilidad agravada o interseccional⁴⁷. El carácter multifactorial o multidimensional y a su vez, sectorial⁴⁸, de esta nueva mirada sobre la debilidad contractual dificulta su identificación precisa⁴⁹ y, por tanto, su aplicación reequilibradora, sobre todo cuando la fragilidad se vincula a interacciones individuales con el mercado y no por razón de determinadas características del consumidor. Esta aproximación tan elástica y poliédrica de la vulnerabilidad contractual dificulta la aplicación de un concreto régimen de protección que se justifique en la misma.

En el contexto en el que nos hallamos, el de la cesión y administración de créditos dudosos, la vulnerabilidad a la que sobre todo atendemos es a la económica⁵⁰, pues las especiales medidas de protección se dispensan en consideración a ella⁵¹. Se trata, seguramente, de la

L'administració haurà de valorar amb la deguda diligència les circumstàncies específiques del cas, i fonamentar i motivar adequadament la decisió de no exigir els interessos corresponents, d'acord amb el principi de seguretat jurídica i la protecció de la confiança legítima».

⁴⁷ Se refiere a ello M.L. PALAZÓN GARRIDO, «¿Existe un Estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios?», en *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol. X, núm. 4, p. 202.

⁴⁸ En el año 2016 un estudio publicado por la UE «Consumer vulnerability across key markets in the European Union» analizaba la vulnerabilidad a partir de abstraer cinco dimensiones de la misma (1ª.- Mayor riesgo de resultados negativos o impactos en el bienestar, 2ª.- Tener características que limitan la capacidad de maximizar el bienestar, 3ª.- Tener dificultad para obtener o asimilar información, 4ª.- Incapacidad o imposibilidad de comprar, elegir o acceder a productos adecuados y 5ª.- Mayor susceptibilidad a las prácticas de marketing, creando desequilibrios en el mercado) en tres sectores distintos: el financiero, el energético y el de la contratación online, señalando que en los dos primeros la incidencia de la vulnerabilidad es notablemente mayor que en el tercero. En cuanto al indicador AROPE (Riesgo de pobreza o exclusión social, objetivo Europa 2030), incluye en la medición de esta tasa a la población que se halla en, al menos, una de las tres situaciones siguientes establecidas por Eurostat: 1ª) Riesgo de pobreza, 2ª) Carencia material y social severa o 3ª) Baja intensidad en el empleo. La tasa se cifra en la UE en 2024 en un 21,0 por 100 de la población, siendo superior en Estados como España, en el que se sitúa en el 25,8 por 100.

⁴⁹ S. PAGLIANTINI, «In memoriam del consumatore medio», *Europa e diritto privato*, 1/2021, 2 y ss. o E. KAPROU, *The legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: Benefits and limitations of a focus on personal*, RIEFA, C. Y SAINTIER, S. (ed.), *Vulnerable consumers and the law*, Routledge, Oxon, 2020, p. 54.

⁵⁰ Nos remitimos al estudio de A. MUT PIÑA en esta misma obra sobre las principales medidas para hacer frente a la vulnerabilidad económica a la que el legislador ha atendido empleando distintos términos aludiendo, a menudo, a la exclusión social.

⁵¹ El Anteproyecto de Ley utilizaba de forma alternativa el recurso a los presupuestos económicos para solicitar el ingreso mínimo vital y un factor multiplicador sobre el Indicador de Renta de Efectos Múltiples mensual, el IPREM, que hasta la fecha era el indicador habitualmente usado en los textos nacionales mencionados en la nota 46. En el texto finalmente presentado a tramitación parlamentaria se opta por referenciar la especial vulnerabilidad económica a la obtención previa de la condición de beneficiario del ingreso mínimo vital —prestación económica de periodicidad mensual que cubre la diferencia entre el conjunto de ingresos que ha recibido la persona o la unidad de convivencia durante el año anterior, también prorrateado mensualmente, y la renta mínima garantizada en cada supuesto—, de acuerdo con lo establecido en el art. 11 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre. La norma, en su art. 13.2 letra a, toma en consideración la cuantía de las pensiones no contributivas —cifrada para el año 2025 en 7.905,80 euros anuales

aproximación más objetiva a la especial vulnerabilidad⁵², sin que ello entrañe que las soluciones propuestas desde esa medición sean las más eficientes, pues los márgenes cuantitativos son demasiados estrictos.

Pero según hemos señalado, la vulnerabilidad del deudor cedido apunta a dos factores más. El primero, el relativo a los déficits informativos que puedan darse en las situaciones de morosidad en cuanto a los derechos que asisten a la parte deudora que no puede procurarse un asesoramiento jurídico eficaz⁵³ y que parece, según hemos visto, que en ocasiones pueden ser suplido por el juez, informando a la parte consumidora de sus derechos y, permitiendo, así, su alegación de parte. El segundo se refiere a la eventualidad de una reclamación en términos más apremiantes por parte de quien se ha hecho ceder el crédito o por quien administra su cobro profesionalmente, que por el acreedor originario. Esta segunda aproximación podemos referirla como contextual o propia del mercado en el que se realizan las cesiones globales de créditos dudosos.

Mientras que la especial vulnerabilidad económica del deudor sumada a la existencia de una cesión del crédito dudoso determinará un trato especial en cuanto a la renegociación de la deuda, según veremos en el siguiente apartado, la vulnerabilidad que hemos calificado de contextual afecta a todo deudor cedido, sea o no sea especialmente vulnerable, siempre que su crédito se califique como exposición de dudosa cobrabilidad⁵⁴. A dar respuesta a esa vulnerabilidad contextual es a lo que sirve el artículo 10 de la Directiva, mientras que las medidas de protección del deudor especialmente vulnerable se logran a través de la modificación de las Directivas de crédito inmobiliario y de crédito al consumo.

En los textos europeos y nacionales, la referencia a la vulnerabilidad se contrapone a la toma de decisiones con conocimiento de causa o en condiciones óptimas para sus intereses (EdM Real Decreto Ley

(art. 65.5 Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad)—, dividiéndola por doce y aplicando, en su caso, incrementos en función de la composición de la unidad de convivencia por aplicación de escalas de rendimientos, por ejemplo, si se trata de un hogar monoparental o se trata de una persona con a discapacidad igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se incrementa un 22 por 100 la pensión mensual.

⁵² A. MUT PIÑA, «La parametrización de la vulnerabilidad en el derecho contractual de consumo. Un estudio empírico sobre el sector financiero» en *InDret*, 2023, núm. 1, p. 28), señala la inseguridad jurídica asociada a la consideración de un consumidor como vulnerable si ello se parametriza mediante la aplicación de criterios no objetivos.

⁵³ A. MUT PIÑA, *op.cit.loc.cit.*, pp. 4 y ss. en su análisis sobre el sector financiero, señala que las dos dimensiones relativas a la vulnerabilidad económica y a la vulnerabilidad informativa suelen confluir en las mismas personas.

⁵⁴ La Unión Europea ha señalado que el endeudamiento excesivo o el sobreendeudamiento constituye un supuesto de especial vulnerabilidad del consumidor que debe recibir atención prioritaria (apartado 21 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables y en el apartado 3.4 de la Nueva Agenda del Consumidor, Comunicación de la Comisión en el Parlamento europeo y en el Consejo de 30.11.2020, COM (2020) 696 final).

1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica y Directiva 2005/29/CE), pero esa no es una orientación aplicable al escenario de vulnerabilidad que analizamos o al menos, solo en cuanto a la valoración de las circunstancias que llevaron a la persona a endeudarse.

En nuestro contexto, la vulnerabilidad a la que se atiende se relaciona con determinadas variables económicas, más allá del nivel de ingresos actual del deudor; son relevantes ciertos elementos especiales del deudor o de la deuda⁵⁵ que lo hacen elegible para un trato más beneficioso en la renegociación de la deuda. Así, pueden ser de interés las circunstancias que le llevaron a la situación de impago, su capacidad económica de reembolsar la deuda pendiente o incluso aspectos tradicionalmente irrelevantes para el derecho de los contratos, como la finalidad o los móviles por los cuales contrató el préstamo⁵⁶. Incidiremos en ello en el apartado siguiente.

3.4. La renegociación de la deuda y la tolerancia razonable antes de ejecutar el crédito: una protección no homogénea del prestatario consumidor

Como hemos ido mencionado, la Directiva NPL, además de organizar el mercado de venta y administración de créditos dudosos, con el fin de fomentar su actividad y competitividad, ha introducido sendas modificaciones en la DCC (arts. 11 *bis* y 16 *bis*) —aunque posteriormente se ha aprobado la nueva Directiva 2023/2225, de 18 de octubre, que la deroga a partir del 20 de noviembre de 2026, y que incluye las medidas de reestructuración y refinanciación de deudas en situación de morosidad en el art. 35— y la DCI (arts. 28 y 28 *bis*), con el fin de imponer que los prestamistas dispongan de políticas de renegociación de la deuda que conduzcan a una tolerancia razonable en el ejercicio de la pretensión crediticia⁵⁷.

⁵⁵ Y es esa personalización del Derecho fundada en la atención a las circunstancias concretas de cada persona, las que justifican una teoría acerca de las vulnerabilidades en el marco del derecho privado que se aparta de la teoría liberal que hace abstracción de la persona de una forma homogénea. Véase C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La recepción de la idea de vulnerabilidad en el derecho civil español. Materiales para un debate», M.V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO (dirs.), *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2022, p. 53

⁵⁶ Véase F. YÁÑEZ VIVERO, *La exoneración judicial de deudas del consumidor vulnerable perfiles jurídicos y avatares de un nuevo «derecho a no pagar las deudas»*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 72 y ss., que señala el riesgo de una consumerización del derecho de obligaciones en el sentido de lograr el rápido reintegro del deudor en el mercado para que de nuevo ejerza su condición de consumidor. Por otra parte, la autora señala.

⁵⁷ El considerando 56 de la Directiva NPL alude sin rigor a la «tolerancia razonable antes de iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria» referida a ambos textos legales, cuando en realidad ello no afectaría a los créditos al consumo, que no suelen estar garantizados mediante la constitución de la hipoteca y que son los que en mayor medida forman parte de las carteras de créditos dudosos objeto de operaciones de venta alzada.

Sin duda, la exigibilidad del derecho de crédito se debilita pues la norma, ante el incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, impone una actividad de renegociación previa a la exigencia total de lo debido o al recurso a los tribunales (nuevos arts. 30 *bis* apartado 1 de la LCC y 25 *bis* apartado 1 de la LCI). Pero esa debilidad, como es sabido, también resulta para prácticamente cualquier derecho exigible o ejercitable tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, de eficiencia del sistema público de justicia.

La norma europea deja margen a los legisladores nacionales para concretar el alcance de las medidas de renegociación de las deudas vencidas, orientado a esa expresión acuñada de la «tolerancia razonable antes de iniciar un procedimiento de ejecución» (art. 16 *bis* DCC 2008 y art. 35 DCC 2023, que alude a las «medidas razonables de reestructuración o refinanciación antes de iniciar procedimientos de ejecución» y art. 28 DCI)⁵⁸, desplazando cada más a las entidades financieras la responsabilidad por la calificación temprana del riesgo de crédito emergente.

La renegociación directa de la deuda, pese a aludir al medio no procedimental de resolución de conflictos, no presupone que no pueda acudir a uno u otro medio adecuado para dicha resolución —la negociación mediante la intervención de profesionales, la mediación, la conciliación, la propia negociación, el derecho colaborativo, la oferta vinculante o la opinión de persona experta independiente⁵⁹— lo que permitirá, además, cumplir con el requisito de procedibilidad en la reclamación judicial de la deuda de acuerdo con el art. 5 de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. No obstante, la iniciativa negociadora es una carga de quien reclama la deuda y como veremos, la carga apareja, además, el deber de informar acerca de si se tiene derecho a un plan de pagos. Estimamos que determinados MASC resultan particularmente idóneos para proteger al prestatario consumidor, así en concreto, la mediación. Su implementación en el ámbito de la gestión de impago de préstamos ya tiene precedentes⁶⁰; además, durante el proceso de mediación puede

⁵⁸ En sendas normas se mencionan, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes medidas de reestructuración o refinanciación: «a) una refinanciación total o parcial de un contrato de crédito; b) una modificación de las condiciones existentes de un contrato de crédito, que podrá incluir, entre otros elementos: i) la prórroga del período de vigencia del contrato de crédito, ii) la modificación del tipo de contrato de crédito, iii) el aplazamiento del pago de la totalidad o de parte de las cuotas de amortización durante un período, iv) el cambio del tipo de interés, v) la posibilidad de una suspensión del pago, vi) reembolsos parciales, vii) conversiones de moneda, viii) la condonación parcial y la consolidación de la deuda».

⁵⁹ Sobre la categorización de los distintos medios, nos remitimos al capítulo de I. VIOLA DEMESTRE en esta misma obra.

⁶⁰ I. VIOLA DEMESTRE, «La mediación en la gestión del impago de los préstamos y créditos hipotecarios en Cataluña: una institucionalización singular», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 9, núm. 4, p. 458 y ss. describe las particularidades de la mediación obligatoria que se introdujo

aflorar la particular situación de vulnerabilidad del consumidor⁶¹ y a su vez, el mediador puede recomendar a las partes, siendo el consumidor el natural destinatario de esa recomendación, que se procuren asesoramiento jurídico para evitar situaciones como la descrita en el Auto de Fuenlabrada de 17.07.2025 (ECLI:ES: JPI: 2025:10A) en la que se reclaman deudas manifiestamente prescritas.

Por otra parte, veremos a continuación, que el legislador español ha puesto el énfasis en la protección asociada a las cesiones de créditos al consumo, que bien es cierto que son los que generalmente integran las carteras de créditos cedidos, y ha obviado la indicación de la norma europea por la que se pretendía proteger especialmente a los créditos garantizados por un bien que constituya la vivienda habitual del consumidor (considerando 56 de la Directiva NPL)⁶². No existe referencia alguna expresa en el Proyecto de ley NPL a la vivienda habitual del deudor y la única alusión indirecta se infiere de la remisión a los Códigos de buenas prácticas a los que estuviese adherido la entidad financiera cedente, así el regulado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que seguirán siendo de aplicación tras la cesión (art. 14 del Proyecto y arts. 30 *bis* LCC y 25 *bis* y 25 *ter* LCI).

en el Código de Consumo de Cataluña mediante la modificación del art. 132-4.3 introducida por el art. 8 de la Ley 20/2014 que, no obstante, fue declarado inconstitucional por la STC 54/2018, de 24 de mayo.

⁶¹ I. VIOLA DEMESTRE, «Los medios adecuados de solución de controversias (MASC) en la transición energética de los edificios privados: una senda para el consenso», C. MOLL DE ALBA (coord.), V. PÉREZ DAUDÍ (dir.), I. VIOLA DEMESTRE (dir.), *La transición a la vivienda sostenible y la resolución de conflictos*, Barcelona, Atelier, p. 240.

⁶² También en el tratamiento de las situaciones de insolvencia, el art. 23 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, incide en la tutela de la vivienda familiar del empresario insolvente. Es bien cierto que la aproximación del legislador español a la problemática del sobreendeudamiento se ha realizado, principalmente, desde una perspectiva concursal con un planteamiento, por tanto, que contempla, sobre todo, el interés de la posición crediticia. La doctrina (F. YÁÑEZ VIVERO, «La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021), Estudios, p. 17) ya señaló antes de las últimas reformas legales, que resultaba imprescindible arbitrar medios para la conservación de la vivienda familiar en el concurso, con el fin de lograr una verdadera segunda oportunidad y porque en la mayor parte de casos, ejecutar la vivienda no beneficia los intereses del concurso. A raíz de la reforma de la Ley concursal llevada a cabo mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la transposición de la mencionada Directiva, se amplió la relación de deudas exonerables para la conservación de la vivienda habitual y los activos empresariales.

3.4.1. *De las medidas de renegociación de la deuda a la condonación parcial impuesta al acreedor*

Las medidas de renegociación o reestructuración de la deuda forman parte de una «política» de la que deben disponer los prestamistas y por extensión, los compradores y administradores de crédito. Las medidas consisten en determinadas concesiones a favor del prestatario que tengan en cuenta «las circunstancias individuales» del deudor. Así, la previsión de la Directiva NPL relativa a la modificación de los arts. 16 *bis* DCC 2008 y 28 DCI, mejora el nivel de protección de los consumidores de las redacciones precedentes, pues parte de la exigibilidad de esas «políticas y procedimientos adecuados» y se ha introducido la referencia a las «circunstancias del consumidor» como uno de los aspectos que debe tenerse en cuenta al tiempo de renegociar. Esa fórmula abierta e inconcreta parece permitir a los Estados realizar una clasificación objetiva de circunstancias que hagan a los consumidores merecedores de una mayor tolerancia en la ejecución de la deuda. Ahora bien, el considerando 56 se refiere en particular a los intereses y derechos de los consumidores, a su capacidad de reembolsar la deuda y al hecho de que la deuda esté garantizada con su vivienda habitual. Asimismo, el acreedor debe desarrollar los contactos necesarios para averiguar cuáles son esos intereses del consumidor con el fin de ofrecer la mejor solución posible en cada situación concreta⁶³ y como parte de su labor profesional. Las medidas de renegociación de la deuda que plantea la Directiva NPL no se enfocan al supuesto de deudas cedidas, sino que se plantean en términos generales, y se deja a la acción de las normas nacionales la imposición de requisitos adicionales de renegociación en caso de cesión del crédito (considerando 16).

A partir de ese mandato normativo, la transposición de la Directiva NPL ha dado lugar a sendos regímenes de renegociación de la deuda vencida en el Proyecto de Ley en tramitación:

— El primero, el general, aplicable a todo deudor que se halle en situación de incumplimiento, orientado a lograr un acuerdo de refinanciación o reestructuración de la deuda previo al ejercicio judicial de la pretensión (nuevo art. 30 *bis* 1 y 2 LCC y nuevo 25 *bis* LCI), que resulta de la transposición de las modificaciones de las DCC y DCI, refiriendo la relación de elementos en qué pueden consistir esas medidas que facultativamente podrán ofrecer los prestamistas (prórroga de la fecha de vencimiento del contrato, modificación del tipo de interés, aplazamiento del pago de la totalidad o de parte de las cuotas pendientes, la condonación parcial de la deuda, etcétera) —«podrán consistir, entre otras»- y que, en su caso, se añadirán a las previstas en los

⁶³ M. ANDERSON, *op.cit.loc.cit.*, pp. 88 y ss.

Códigos de buenas prácticas a los que esté adherido el prestamista. Según se prevé en la nueva DCC 2023, aún pendiente de transposición (art. 35.1 apartado segundo), cuando se apliquen medidas razonables de reestructuración o refinanciación de la deuda no se exigirá el cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia exigida en la concesión del crédito, salvo que el total de lo adeudado por el consumidor no se incremente significativamente al novar el contrato, lo cual favorece la implementación de las medidas.

— El segundo, que da lugar a una renegociación en términos más concretos y podemos considerar que en abstracto más beneficiosos, solo aplicable si concurren cuatro presupuestos: que la deuda vencida vaya a ser objeto de cesión o haya sido cedida, que el prestatario se halle en situación de vulnerabilidad económica —que deberá acreditar en el plazo de quince días desde la comunicación sobre la cesión de su crédito—, que se trate de una deuda originada en un contrato de crédito al consumo y que el consumidor no haya rechazado anteriormente medidas equivalentes a las que deben ofrecerse al cumplir los tres primeros requisitos (art. 30 *bis* apartado 4 LCC según la redacción dada por el Proyecto de Ley). Si se dan tales presupuestos, además de la congelación del devengo de nuevos intereses y gastos y del reembolso de la deuda mediante cuotas mensuales que no superen el 5 por 100 del ingreso mensual del deudor en el momento del ofrecimiento, se prevé la aplicación necesaria de un plan de pagos mediante un esquema progresivo de quitas sobre los intereses y sobre el capital, condicionado su exigibilidad al cumplimiento riguroso del plan de pagos por el prestatario.

Es en este contexto en el que, finalmente, puede tener impacto el precio de cesión del crédito, pero no para proteger la posición deudora, sino, como ya hemos señalado, para proteger al acreedor cesionario. En efecto, la norma, con una redacción muy mejorable, se refiere al «valor de eventual precio en caso de venta o cesión del préstamo» que acredite la entidad prestamista mediante la valoración de tercero independiente, para minorar el alcance de la condonación de la deuda si esta condonación excede de ese «valor». En todo caso, la acumulación de variables que deben concurrir para que el deudor pueda hacer valer esa renegociación privilegiada la convierte en un supuesto ciertamente residual.

Se concluye, pues, y como hemos señalado ya, que, sin la debida justificación, el legislador español se ha apartado de la indicación europea y en lugar de privilegiar el tratamiento de la renegociación de las deudas garantizadas con la vivienda habitual del prestatario consumidor, ha privilegiado las deudas originadas en la contratación de créditos al consumo. Ciertamente es que son este tipo de créditos los que mayormente integran las carteras cedidas de créditos dudosos. Pero también lo es que la transposición incumple el mandato del legislador europeo.

3.4.2. *La carga de informar sobre el derecho al plan de pagos*

Como se ha dicho, uno de los aspectos que afectan a las personas en situación de vulnerabilidad económica severa es el déficit informativo sobre los derechos que las amparan, de manera que dicha vulnerabilidad económica se ve agravada por la asimetría informativa⁶⁴, también intensificada, que impide hacer uso de las herramientas que el ordenamiento dispone para mitigar esta vulnerabilidad.

Es por ello por lo que la norma obliga a los prestamistas —y asumimos que necesariamente a quienes administren el crédito— a informar de las consecuencias de persistir en la situación de impago y del derecho a renegociar la deuda, tanto en los supuestos generales de renegociación (art. 30 *bis* apartado 3 LCC y art. 25 *bis* 3 LCI, ambos según la redacción dada por el Proyecto) como en los de renegociación privilegiada (art. 30 *bis* apartado 5 LCC según la redacción dada por el Proyecto).

Esa carga informativa, como la propia obligación de renegociar, cede cuando previamente se han ofrecido medidas de refinanciación o reestructuración y han sido rechazadas por el deudor (art. 30 *bis* apartado 4 LCC según la redacción prevista por el Proyecto), cuando habiéndose acogido a ellas, haya incumplido los términos de lo renegociado (art. 30 *bis* apartado 5, párrafo 4 LCC según la redacción prevista por el Proyecto) o cuando, salvo casos justificados, se haya acogido repetidamente a ese tipo de medidas (art. 35 DCC 2025).

4. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2021/2167: LA FUTURA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO

El Proyecto de ley NPL, en su Título V, se ocupa de la efectividad de las disposiciones que se contienen en él y, por tanto, de las eventuales reclamaciones que se puedan plantear por el incumplimiento de la norma. La norma (art. 31 del Proyecto de Ley) impone un servicio de atención eficaz, transparente y gratuito, con la carga por los administradores de créditos, las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito que ejerzan de administradores de créditos de registrar las reclamaciones recibidas y las medidas adoptadas para resolverlas. La norma parece pensar, sobre todo, en reclamaciones relativas a la administración del crédito dudoso; no obstante, hay que

⁶⁴ Razón de ser con carácter general de la normativa de consumo. Véase A. CARRASCO PERERA, *op.cit.loc.cit.*, p. 41.

entender que también es obligatorio disponer del servicio de atención, con idénticos requisitos y obligaciones, para las reclamaciones que surjan a raíz de la cesión del crédito dudoso —«reclamaciones que los prestatarios y garantes les presentan relacionadas con sus intereses y derechos reconocidos esta Ley» (art. 31.1)—.

En paralelo a la tramitación del Proyecto de Ley NPL, el Congreso se ocupa también, desde hace más de un año, del Proyecto de Ley por el cual se crea la Autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y los clientes (121/000018); a diferencia del medio de resolución de conflictos interno al cual se refiere el art. 31 del Proyecto de ley NPL, la autoridad administrativa de defensa del cliente financiero tiene carácter independiente. El Proyecto de ley NPL ha aclarado de forma expresa (art. 32) —previsión que no estaba en el texto del anteproyecto— que la autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero es competente para conocer las reclamaciones que puedan surgir en relación con los intereses y derechos reconocidos por la norma en caso de incumplimiento de sus previsiones normativas⁶⁵.

La regulación de la autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero resulta del mandato legislativo contenido en la Disposición Adicional Primera de la 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. De acuerdo con este mandato, la decisión del organismo creado podía ser vinculante o no; la opción legislativa en el caso español ha sido la de hacerla vinculante⁶⁶ para reclamaciones de hasta 20.000 euros, incluidas, también, las que tengan relación con la

⁶⁵ Esa duplicidad de medios alternativos de resolución de conflictos que incluyen un sistema interno de gestión de reclamaciones y un verdadero medio externo e imparcial de resolución de controversias se halla en otras normativas como el Reglamento (UE) 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 (arts. 20 y 21 respectivamente) y es alentado por la Directiva 2013/11/UE (considerandos 17 y 47) de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo como un medio eficaz de resolución temprana de litigios.

⁶⁶ Se distancia así, la nueva institución de la tarea desarrollada hasta ahora por los organismos integrantes de la red FIN-NET que en España son el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Pensiones cuyas resoluciones son meras recomendaciones, dando lugar, eso sí, al cumplimiento del obligado requisito de procedibilidad *ex* art. 5 y 10 de LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y art. 264.4º LEC. Véase C. JÉREZ DELGADO, «Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 807, 2025, pp. 210 y 211, al referirse a la elección de los MASC más convenientes en los conflictos de consumo según los sectores en los que estos se planteen.

declaración de abusividad de una cláusula (art. 42 del Proyecto de Ley de creación de la Autoridad) y preservando la posibilidad de cualquiera de las partes de acudir a la vía judicial contra la resolución dictada, que pondrá fin a la vía administrativa; será la jurisdicción civil —en el anteproyecto se preveía que fuese la jurisdicción contencioso administrativa la que conociese de tales recursos y con acierto, se modificó la asignación de jurisdicción— la competente, mediante el juicio verbal, para conocer de los recursos que tanto el cliente como la entidad puedan interponer ante las resoluciones vinculantes (arts. 5.2 y 45 del Proyecto de Ley de creación de la Autoridad). Para ello es necesario adaptar la LEC mediante la adición de un apartado 4 al art. 250 y del art. 447 *ter* para regular las especialidades en la tramitación de las demandas contra las resoluciones vinculantes dictadas por la Autoridad Administrativa Independiente.

Se trata de una ADR de carácter administrativo de obligado sometimiento para las entidades financieras y voluntario para los usuarios (art. 5.2 del Proyecto de Ley de creación de la Autoridad), cuya creación se justifica por el hecho que el sector financiero presenta un marco regulatorio y de supervisión específico y tiene un evidente carácter estratégico. Se plantea no solo como un medio desjudicializado de resolución de controversias, sino también, en general, carente de excesiva formalidad —se facilitará un modelo de reclamación— y tendente a la actuación sin asistencia letrada, si bien proveyendo la propia institución la asistencia personalizada necesaria para la presentación de las reclamaciones (art. 34 del Proyecto de creación de la Autoridad). Los principios que se seguirán durante el procedimiento son los de igualdad, equidad, imparcialidad, independencia, transparencia, contradicción, legalidad, libertad de prueba, eficacia y celeridad, recurriendo a las normas procesales civiles para determinar la carga de la prueba, teniendo la resolución el contenido previsto en el art. 88 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común.

En países en los que ya funcionan organismos similares desde hace tiempo, el éxito de su tarea reside, fundamentalmente, en la reputación que el sistema añade a la actividad de las entidades financieras y en la predictibilidad de las decisiones, que podrían llegar a automatizarse mediante el uso supervisado de la IA⁶⁷. Se señala que la institución

⁶⁷ Así el Árbitro Bancario Finanziario (ABF) introducido en el art. 128 *bis* del *Testo unico bancario*, que opera en Italia desde enero de 2010; durante el procedimiento no pueden intervenir testigos y la resolución se base en el examen de la documentación aportada. Véase acerca la experiencia práctica de la figura I.A. CAGGIANO, «L'arbitro bancario finanziario. Esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 7-8, julio-agosto 2015 pp. 448 y ss. La autora se refiere a un segundo aspecto determinante del éxito de la institución y que guarda relación con la función de advertencia que se contiene en las disposiciones del Banco de Italia sobre la evaluación de los resultados de las apelaciones en el ejercicio de su actividad supervisora, en cuanto a la transparencia y a la equidad en las relaciones con los clientes. A su vez, las decisiones anteriores del ABF impactan en la resolución de las

debe servir para reequilibrar la posición asimétrica entre entidad financiera y consumidor en la vertiente procedimental⁶⁸, es decir, no solo en la fase de contratación, sino también al tiempo de plantear una reclamación en relación con la ejecución de lo contratado, si bien la institución también abordará conflictos planteados por potenciales clientes que no hayan llegado a serlo, por ejemplo, por habérseles denegado la financiación solicitada.

5. CONCLUSIONES

Parece claro que la cesión de un crédito dudoso coloca a un deudor en situación de insolvencia en un escenario que puede precarizar todavía más su posición, ya debilitada, en la relación contractual que originó la deuda. Si bien la Directiva 2167/2021 (Directiva NPL), que los Estados debían incorporar como máximo, el 29 de diciembre de 2023, no tiene por objeto principal la protección del deudor cedido, sino la creación de un mercado competitivo de venta de créditos dudosos que contribuya a la estabilidad del sistema financiero y a la profesionalización y supervisión de la actividad de administración de ese tipo de créditos, sí que apareja, a partir, sobre todo, de su art. 10 y de sus Considerandos 52 a 57 así como a raíz de las modificaciones que introduce en las Directivas DCC y DCI, la oportunidad de proteger a los deudores en situación de morosidad de prácticas agresivas que den lugar a supuestos de acoso financiero favorecidas, precisamente, la profesionalización de quien reclama la deuda. Se pretende garantizar la equidad en la relación con el prestatario, además de promover una tolerancia razonable en la ejecución del crédito. A su vez, la Directiva de prácticas comerciales desleales sigue facilitando un cordón de seguridad que funciona en cualquier sector o mercado, también en el de la venta de créditos dudosos.

La Directiva NPL está siendo objeto de una muy tardía transposición por parte del legislador español —el último estado en completar la transposición—, mediante la Ley de administradores y compradores de créditos y por la cual se modifican la Ley de medidas de reforma del

reclamaciones que los clientes plantean en los canales internos de las entidades, desempeñando un papel más amplio en la estandarización y orientación de la resolución de las controversias bancarias, dando lugar a la construcción de directrices interpretativas de la legislación vigente.

⁶⁸ Como señala J.M. FERNÁNDEZ SEIJÓ, «Sobre la oportunidad de crear una autoridad administrativa que atienda las reclamaciones de los clientes financieros: a propósito del Proyecto de Ley el que se crea la autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre entidades financieras y sus clientes», *Actualidad civil*, 2023, núm. 5 (mayo), p. 6, la eficiencia de la nueva institución, que pueda adoptar resoluciones con celeridad a partir de reclamaciones que de modo preferente se presenten por medios electrónicos, en el marco de una nueva cultura en la resolución de controversias, será un aspecto clave para su éxito de su implantación en España.

sistema financiero, la Ley de contratos de crédito al consumo, la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de créditos, la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y el Texto refundido de la Ley concursal, actualmente en tramitación parlamentaria. Ni el texto europeo ni su transposición nacional optan por propagar a la posición deudora ningún derecho asociado al sacrificio económico que asume el acreedor al ceder el crédito por un precio muy inferior al saldo vivo de la deuda. De hecho, puesto que los créditos de cuya cesión se ocupa la norma se venden en carteras, su precio no siempre se pacta con carácter individualizado —aunque sí se realiza una estimación en la fase previa a la venta de la cartera— y en todo caso, el dato relativo a ese precio —ni el global ni el individual, si existe— no forma parte del contenido de lo que obligatoriamente se debe informar al deudor. Esa carga informativa relativa a otros aspectos de la cesión constituye una de las previsiones con las que se quiere proteger al deudor, imponiendo, además, una relación equitativa entre el cesionario y el administrador del crédito y el prestatario e impulsando la renegociación de la deuda mediante la aplicación de una tolerancia razonable en la ejecución del derecho. Esa tolerancia dará lugar a medidas de reestructuración y refinanciación de la deuda en situación de impago según la previsión de las Directivas DCC y DCI en sus nuevas redacciones, que se incorporan a la legislación española mediante la modificación de la LCC y la LCI contenida en el Proyecto de Ley NPL.

Ciertamente, el aspecto más delicado y el más valioso desde la perspectiva de la protección de los consumidores, es el relativo a las opciones de renegociación de la deuda introducidas con la transposición de la Directiva NPL, que se refieren con carácter general a todo crédito vencido y que se intensifican y se concretan en caso de cesión del crédito para los prestatarios que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad económica. Ahora bien, contraviniendo el mandato de la norma europea, el legislador nacional solo ha planteado una renegociación en términos más ventajosos para el deudor consumidor cuando los créditos cedidos sean créditos al consumo, sin ningún tratamiento especial en esta sede para los créditos garantizados con la vivienda habitual del consumidor que puedan ser objeto de cesión. Los condicionamientos de esa renegociación privilegiada hacen de la misma una solución más bien residual. Se ha perdido, además, la ocasión de adaptar normas civiles como el art. 1535 Cc, en materia de retracto de créditos litigiosos, el art. 1198 Cc en materia de excepciones oponibles tras la cesión de créditos o el art. 149 LH en lo relativo a la preceptiva notificación de la cesión del crédito o de introducir nuevas previsiones como la relativa a la inexigibilidad a los consumidores de deudas prescritas o a la posibilidad de apreciar de oficio esa prescripción.

En cuanto a los eventuales incumplimientos de las previsiones tuitivas contenidas en la nueva normativa, más allá de las sanciones

impuestas por los organismos supervisores, pueden dar lugar a las correspondientes reclamaciones por parte de los consumidores. La vía jurisdiccional no es seguramente la más adecuada para encauzarlas. La futura creación y puesta en marcha de la autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero, si finalmente se aprueba su norma reguladora, también actualmente en trámite parlamentario, tiene que servir, entre otros, para lograr una mayor efectividad en la realización de los derechos reconocidos por la Ley de administradores y compradores de créditos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 2017, pp. 2843-2870.
- ANDERSON, M. « La ejecución de créditos hipotecarios y la «tolerancia razonable» del acreedor: las reformas del artículo 28 de la Directiva (UE) 2014/17, sobre créditos inmobiliarios», *Revista de Derecho civil*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 75-116.
- ARNAU RAVENTÓS, L., «La conformitat del Dret català al Dret europeu en matèria de contractació amb consumidors», *Revista Catalana de Dret privat*, vol 22 (2020), p. 107-146.
- «Intermediarios en el Derecho europeo: trazas de su responsabilidad por falta de cumplimiento del contrato intermediado», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2025), Vol. 17, núm. 1, pp. 223-248.
- BARCELÓ COMPTE, *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons-Col·legi Notarial de Catalunya, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2019.
- CABALLOL ÀNGELATS, L., «La tutela judicial civil dels drets dels consumidors i usuaris, ARNAU RAVENTÓS, L. (coord.), *Dret català de consum*, Barcelona, Atelier, 2024, pp. 255-278.
- CAGGIANO, I.A. «L'arbitro bancario finanziario. Esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 7-8, julio-agosto 2015, pp. 439-454.
- CARRASCO PERERA, A. «Relación jurídica y contrato de Derecho de Consumo» en CARRASCO PERERA (dir.), *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 39-57.
- CARTWRIGHT, P. «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38 (2), 2015, pp. 119-138.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., «El mercado “secundario” de créditos de dudoso cobro o *non-performing loans* (NPLs) y su régimen jurídico actual», *LA LEY mercantil*, núm. 97, diciembre 2022, pp. 1-12.
- CEDENO HERNÁN, M., *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- «¿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*, núm. 10474, de 26 de marzo de 2024.

- DEL POZO CARRASCOSA, P., «El contrato de mandato en el Código civil de Cataluña: el desarrollo del encargo», A. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Madrid, Col·legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, 2018, pp. 345-364.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS FUENTES, F., *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, La Ley, p. 132.
- FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M., «Sobre la oportunidad de crear una autoridad administrativa que atienda las reclamaciones de los clientes financieros: a propósito del Proyecto de Ley el que se crea la autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre entidades financieras y sus clientes», *Actualidad civil*, 2023, n. 5 (mayo), pp. 1-7.
- GINEBRA MOLINS, M.E., «Comentario al artículo 149 LH», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019, pp. 1489-1498.
- GONZÁLEZ PONS, Elisabet, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2019.
- INFANTE RUIZ, F.J., «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la *undue influence* como vicio del consentimiento», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 2, 2021, 1-37.
- , *El “aprovechamiento injustificado” como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- JÉREZ DELGADO, C., «Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 807, 2025, pp. 191-226.
- KAPROU, E., «The legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: Benefits and limitations of a focus on personal», RIEFA, C. Y SAINTIER, S. (ed.), *Vulnerable consumers and the law*, Routledge, Oxon, 2020.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La recepción de la idea de vulnerabilidad en el derecho civil español. Materiales para un debate», M.V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO (dirs.), *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2022, pp. 33-54.
- MUT PIÑA, *La parametrización de la vulnerabilidad en el derecho contractual de consumo. Un estudio empírico sobre el sector financiero*, en *InDret*, 2023, núm. 1.
- PAGLIANTINI, S., «In memoriam del consumatore medio», *Europa e diritto privato*, 1/2021, pp. 2-30.
- PALAZÓN GARRIDO, M.P., «¿Existe un Estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios?», en *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol. X, núm. 4, pp. 199-223.
- RUBIO GIMENO, G., «La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos sobre ruptura de pareja: ¿un contexto negocial naturalmente asimétrico?», en A. SERRANO DE NICOLÁS (coord.): *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución Española*, Madrid, Colegio

- Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021, pp. 147-182.
- «Retracto de créditos litigiosos: ¿Su conveniente superación con ocasión de la transposición de la Directiva (UE) 2021/2167 sobre administradores y compradores de créditos?», *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), pp. 315-350.
- VIOLA DEMESTRE, I., «La mediación en la gestión del impago de los préstamos y créditos hipotecarios en Cataluña: una institucionalización singular», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 9, núm. 4.
- «Los medios adecuados de solución de controversias (MASC) en la transición energética de los edificios privados: una senda para el consenso», C. MOLL DE ALBA (coord.), V. PÉREZ DAUDÍ (dir.), I. VIOLA DEMESTRE (dir.), *La transición a la vivienda sostenible y la resolución de conflictos*, Barcelona, Atelier, pp. 445-476.
- YÁÑEZ VIVERO, «La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal» *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021), Estudios, pp. 1-49.
- *La exoneración judicial de deudas del consumidor vulnerable perfiles jurídicos y avatares de un nuevo «derecho a no pagar las deudas»*, Madrid, Marcial Pons, 2024.

PARTE II.
LA SOSTENIBILIDAD
EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 187-228
DOI: 10.37417/VSECC/07
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL DERECHO DE REPARACIÓN EN LA DIRECTIVA (UE) 2024/1799, DE 13 DE JUNIO DE 2024 Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONSUMO SOSTENIBLE*

Esther TORRELLES TORREA
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL FOMENTO DE LA REPARACIÓN DE LOS BIENES A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA 2024/1799: 2.1. Dificultades de la Directiva 2024/1799; 2.2. La reparación de los bienes.— 3. EL ESPACIO EN EL QUE SE UBICA EL DERECHO DE REPARACIÓN: 3.1. La reparación dentro de la garantía legal: 3.1.1. *Breve alusión a la regulación actual del derecho de reparación en el ámbito de consumo*; 3.1.2. *Novedades introducidas por la Directiva 2024/1799*; 3.2. La reparación fuera de la garantía legal: 3.2.1. *Régimen jurídico del derecho de reparación*; 3.2.2. *La reparación realizada por tercero*; 3.2.3. *Formulario Europeo de información sobre la reparación y su configuración como oferta de contrato*; 3.2.4. *Creación de una plataforma europea de reparaciones*.— 4. ANTEPROYECTO DE LEY DE CONSUMO SOSTENIBLE.— 5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Junto a la digitalización, la Unión Europea ha apostado por la sostenibilidad, siendo el Derecho privado uno de los campos en lo que está

* Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 i por FEDER (UE).

buscando su espacio¹. El principio de sostenibilidad se ha ido haciendo hueco en distintas propuestas. A nivel supranacional, el compromiso global de la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo Sostenible, en su Objetivo 12 alude a la «producción y consumo responsable» pensando en la producción sostenible de los bienes de consumo². El consumo sostenible supone la adquisición de bienes y servicios en el presente sin comprometer los recursos y capacidades del futuro³. Esta Agenda ha supuesto una guía en el contexto de la normativa europea y, en este sentido, en 2015, la Comisión Europea propuso su Primer Plan de Acción para la economía circular⁴. Posteriormente, en 2020 la Comisión Europea adoptó un Nuevo Plan de acción para la economía circular. Por una Europa más limpia y más competitiva, documento que contempló un conjunto de ámbitos en los que debían centrarse las actuaciones de la UE para transitar hacia la economía circular hasta el 2030⁵.

Se advierte en este Nuevo Plan de Acción que la Comisión Europea «propondrá una revisión de la legislación de protección de los consumidores de la UE que garantice que estos reciban, en el punto de venta, información fiable y pertinente sobre los productos que incluya datos sobre su vida útil y sobre la disponibilidad de servicios de reparación, piezas de recambio y manuales de reparación. Además, trabajará para establecer un nuevo «derecho a la reparación y estudiará nuevos derechos sustantivos de carácter horizontal para los consumidores, como la disponibilidad de piezas de recambio, el acceso a servicios

¹ E. CATERINI, *Sostenibilidad y ordenamiento civil. Para una reintroducción de la cuestión social*, Nápoles, 2018, p. 28 señala que es sostenible aquello que supera el egoísmo y lo combina con la alteridad, que pacifica y sintetiza el conflicto generacional; aquello que exalta el sentido del deber, sin el cual no puede haber socialidad; lo que explica el desarrollo (y no la solución) entre el *status personae* y el *status civitatis*, lo que afirma la continuidad entre las libertades individuales y los derechos sociales, lo que persigue la efectividad del mínimo vital para la persona como garantía del ordenamiento.

² Aprobada el 25 septiembre de 2015 y disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/#> (última consulta 23 de octubre de 2025).

³ *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de consumo sostenible*, del Ministerio de Derechos sociales, consumo y agenda 2030, p. 6. Disponible en https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/consumo_masinfo/TIP-APL_N-25-051-DCA.pdf

En adelante esta memoria se citará con las siglas MAIN DEL ANTEPROYECTO.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular, COM (2015) 614 final, Bruselas, 2.12.2015

⁵ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Nuevo Plan de acción de economía circular para una Europa más limpia y competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11.3.2020.

Para un estudio de la evolución normativa, J. AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo sostenible. Compraventas de bienes, suministros digitales y nuevas medidas legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 259 ss.

de reparación y, en el caso de las TIC y la electrónica, los servicios de actualización. En cuanto al papel que pueden desempeñar las garantías para ofrecer productos más circulares, la Comisión explorará también la posibilidad de introducir cambios con ocasión de la revisión de la Directiva 2019/771»⁶.

El objetivo de este trabajo es centrar la atención en una medida concreta, la reparación de los bienes, como uno de los tres ejes fundamentales de la sostenibilidad junto con la durabilidad y la reciclabilidad⁷. En este sentido, son varias las iniciativas europeas que persiguen el objetivo de un consumo sostenible mediante la reparación:

— En relación con la oferta, el «Reglamento (UE) 2024/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, por el que se instaaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles, se modifican la Directiva (UE) 2020/1828 y el Reglamento (UE) 2023/1542 y se deroga la Directiva 2009/125/CE» (en adelante Reglamento 2024/1781), promueve la reparabilidad de los productos en la fase de producción, en particular en lo que respecta a los requisitos de diseño de los productos y la disponibilidad de piezas de recambio.

— Por otra parte, la «Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero, 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» (en adelante Directiva 2024/825), obliga a los comerciantes a proporcionar información precontractual sobre la durabilidad y la reparabilidad de los productos, añadiendo elementos adicionales a la lista de información que debe facilitarse, antes de la compra, por ejemplo, en relación con la existencia y la duración de la garantía comercial o la novedosa «puntuación de reparabilidad».

⁶ *Nuevo Plan de acción para la economía circular. Por una Europa más limpia y más competitiva*, de 11 de marzo de 2020, p. 6. (https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/nuevoplandeaccionparalaeconomia-circular_tcm30-527275.pdf). Este Nuevo Plan de Acción se aprueba solo diez meses después de la publicación de la Directiva 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) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (en adelante Directiva 2019/771).

Para más información véase M. S. BERMÚDEZ BALLESTEROS, «Novedades en materia de información precontractual a la luz de la nueva Directiva sobre empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica», *CESCO*, 18 marzo 24. https://centrodeestudiosdeconsumo.eu/images/Novedades_en_materia_de_informacion_precontractual.pdf

⁷ Creemos que el remedio de la rebaja del precio también puede contribuir al principio de sostenibilidad puesto que el consumidor continúa manteniendo el bien a pesar del posible defecto que pueda tener sin apostar por la sustitución del mismo sino por una rebaja del precio.

— Destaca también, la «Directiva 2024/1799 de 13 de junio, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento 2017/2394 y las Directivas 2019/771 y 2020/1828» (en adelante Directiva 2024/1799)⁸. Pretende consolidar, a nivel europeo, el derecho a reparar. Es una contribución del derecho de contratos a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible, y pretende ser un complemento de la Directiva 2019/771⁹. Aborda las trabas que disuaden a los consumidores de optar por la reparación de los bienes en la fase postventa. Establece normas comunes para promover la reparación de bienes, y proporciona a los consumidores y a las empresas nuevas herramientas que incentivan la reparación fuera de la garantía legal.

Con esta Directiva se pretende que sea más fácil y rentable para los consumidores reparar los productos en lugar de sustituirlos. Además, una mayor demanda se traducirá en un impulso para el sector de la reparación, al tiempo que incentivará a los fabricantes a desarrollar modelos de negocio más sostenibles y productos más duraderos. En todo caso, enfrentar la sustitución con la reparación presumiendo que la sustitución es poco respetuosa con la sostenibilidad, es arriesgado. Se supone que la sustitución genera residuos, bienes desperdiciados, pero esta presuposición será correcta unas veces y no otras. Todo dependerá de la existencia o no de un mercado de bienes de segunda mano y de los costes de reciclado. La reparación de un bien como tal, y sin otra consideración, puede ser más despilfarradora de recursos que la sustitución de este producto si el bien sustituido entra en el ciclo de la venta de segunda mano. Creemos que sería interesante focalizar la atención en el reciclaje además de la reparación.

Las tres iniciativas mencionadas abarcan conjuntamente todo el ciclo de vida de un producto, complementándose y reforzándose mutuamente. Están diseñadas para tener un efecto acumulativo y en conjunto. La finalidad es lograr un consumo sostenible a lo largo de todo el ciclo de vida de un producto, estableciendo el marco para un

⁸ El 30 de marzo de 2023, la Comisión Europea presentó una propuesta de directiva sobre normas comunes para promover la reparación de bienes con el objetivo de mitigar los patrones actuales de venta y consumo, caracterizados por la sustitución y el abandono frecuente y prematuro de bienes. Se persigue ahorrar costes a los consumidores y facilitar el desarrollo de una economía circular eficiente en el uso de los recursos. La directiva, como se verá, se aplica a la reparación de bienes dentro y fuera de la garantía legal. En el Parlamento Europeo, el expediente se remitió a la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO), con René Repasi (S&D, Alemania) designado como ponente. En octubre de 2023, la IMCO aprobó su informe sobre la propuesta, en el que sugería mejorar el acceso a la reparación reduciendo las molestias para los consumidores y fortaleciendo el mercado de la reparación. Puede consultarse [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_BRI\(2023\)753927](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_BRI(2023)753927).

⁹ C. GÓMEZ LIGÜERRE, «La propuesta de Directiva para promover la reparación de bienes de consumo», en Veiga Copo y Pazos Castro, *La reforma francesa de los contratos especiales. Estudios a propósito del proyecto de la Comisión Philippe Stoffel-Munck*, Madrid, Civitas, 2024, pp. 528 y 530.

verdadero «derecho a la reparación» en toda la UE¹⁰, pretendiendo, a su vez, un ahorro para los consumidores y una reducción de residuos.

2. EL FOMENTO DE LA REPARACIÓN DE LOS BIENES A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA 2024/1799

El derecho de reparación de los bienes de consumo ha adquirido singularidad en la Directiva 2024/1799. No es un derecho desconocido en nuestro derecho de consumo, especialmente como remedio para hacer frente a la falta de conformidad de los bienes¹¹, pero su papel siempre ha sido discreto y ahora se pretende potenciarlo y darle visibilidad de la mano del principio de sostenibilidad.

2.1. Dificultades de la Directiva 2024/1799

No es una Directiva fácil y no sabemos muy bien el recorrido que podrá tener o si se lograrán los objetivos previstos. La dificultad radica, principalmente, en los siguientes motivos:

A) Intenta instaurar un hábito al que no está muy acostumbrado ni el consumidor ni el empresario: la reparación de los bienes, desplazando la sustitución del bien estropeado o deteriorado por otro nuevo. Hay que educar al consumidor para que prefiera «arreglar» a «desechar» y para ello hay que ser sensible con el principio de sostenibilidad o en cierto modo, haber crecido en la cultura de la austeridad. Curiosamente, en los códigos de consumo latinoamericanos, el derecho de reparación tiene una regulación más precisa que en nuestra por ser más habitual acudir a la reparación (Perú, Ecuador, Chile, Argentina...).

El consumidor prefiere la sustitución a la reparación. La reparación genera cierta desconfianza en el consumidor que ve que su producto ya ha tenido un defecto que es el que se pretende arreglar. Y a ello no ayudan las frecuentes prácticas de obsolescencia programada lo que incrementa la desconfianza en el consumidor y hace que se decante por la sustitución¹². Además, el coste de la reparación muchas veces suele ser

¹⁰ Esta normativa forma parte del objetivo más amplio de la Comisión Europea de llegar a ser el primer continente climáticamente neutro de aquí a 2050, objetivo que solo puede alcanzarse si los consumidores consumen y las empresas producen de forma más sostenible.

¹¹ Además, en cuanto al derecho a la reparación, el art. 127 bis TRLGDCU enuncia la obligación del productor «en todo caso», de garantizar la existencia de un adecuado servicio técnico, así como de repuestos, actualmente en el plazo mínimo de diez años desde que el bien deje de fabricarse. Para un estudio del tema, por todos, R. BARBER CÁRCAMO, «Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?», *RDC*, vol. IX, núm. 2 (abril-junio, 2022), Estudios, p. 177.

¹² La reparabilidad debe enfrentarse con la obsolescencia de los bienes. Algunos productos se diseñan para fallar después de cierto tiempo o ciertas cantidades de uso y en algunos casos los componentes de los productos es complicadísimo o imposible sustituirlos.

elevado, a lo que se añade que la profesión de reparador, que requiere ser especializada en bienes concretos, no abunda.

Hay un elemento romántico y nostálgico que envuelve a la reparación. Por tanto, para reparar en lugar de sustituir, el poseedor actual del producto tiene que estar sujeto a lo que se conoce como *endowment effect*¹³, que solo será creíble en bienes inmuebles o en muebles muy idiosincráticos o muy singularizados. La solución de sustitución se impone considerablemente si el comprador tiene el *ius electionis*, porque el comprador goza de un regalo estratégico, que es el de proveerse de un bien nuevo sin deducción de coste viejo a nuevo y sin tener que soportar la pérdida de valor mercantil de poseer un bien que ya ha pasado por el taller. Por tanto, un consumidor solo opta por la reparación en los casos en los que le costó considerable esfuerzo encontrar ese producto, en los supuestos en que el producto tiene elementos idiosincráticos que lo hacen infungible, o si el coste de sustitución es considerable¹⁴.

B) La dificultad de la Directiva se incrementa por ser un texto confuso y con demasiados matices, recovecos y excepciones.

El art. 1.2 Directiva 2024/1799 señala que «La presente Directiva se aplicará a la reparación de bienes adquiridos por los consumidores en caso de que se produzca o manifieste un defecto en los bienes al margen de la responsabilidad del vendedor con arreglo al artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/771».

Por una parte, la Directiva distingue la reparación que se practica dentro del ámbito de la garantía legal y la que se practica fuera de la misma.

Por otra parte, no se trata igual a todos los bienes. Se distingue la reparación de los bienes que disponen de requisitos de reparabilidad¹⁵ (los enumerados en el anexo II y con propósito de incrementarse), de todos los demás bienes. Y solo a los primeros se aplican los arts. 5 (obligación de reparación) y 6 (información sobre la obligación de reparación) de la Directiva. El motivo por el cual está limitado el número de bienes es «evitar sobrecargar a los fabricantes y garantizar que puedan cumplir con su obligación de reparación» (considerando 21 Directiva 2024/1799).

C) Otra de las dificultades es que los bienes con requisitos de reparabilidad, hay que irlos a buscar en sus respectivos reglamentos. En

¹³ Significa dar más valor a los objetos que poseemos (efecto dotación).

¹⁴ A. CARRASCO PERERA, «La banalidad del “fomento de la reparación de los bienes” en la propuesta de reforma de la Directiva 771/2019, de compraventa de bienes de consumo», *CESCO*, 14 julio 2023, p. 2.

¹⁵ Los requisitos de reparabilidad, como se verá más adelante, son los requisitos que permiten la reparación de ese concreto bien y que están recogidos en los Reglamentos de diseño ecológico de ese bien concreto.

este sentido, la Directiva 2024/1799 dispone de un Anexo II en el que actualmente se recogen diez Reglamentos de determinados bienes que nos indican cuáles son dichos requisitos de reparabilidad. Es decir, el derecho de reparar de la Directiva 2024/1799 solo se aplica sobre un conjunto de bienes concretos enumerados dentro de la lista de actos jurídicos de la Unión Europea aprobados entre 2013 y 2023, aunque dicha lista se pretende incrementar en el futuro. Ello nos obliga a determinar el objeto que es preciso reparar y acudir a su reglamento (si lo tiene), el cual dispone de unas normas que no suelen coincidir con las normas de otro tipo de bienes.

Por tanto, existe normativa satélite alrededor de la Directiva 2024/1799 con muchos matices y poca armonización que complica la aplicación del derecho a reparar.

2.2. La reparación de los bienes

La Directiva 2024/1799 pretende entronar a la reparación¹⁶. Es tal el interés en potenciar la reparación de los bienes, que el art. 13 Directiva 2024/1799 obliga a los Estados miembros a promocionar la reparación, adoptando por lo menos una medida al respecto, siendo necesario notificarlas a la Comisión antes del 31 de julio de 2029¹⁷.

Se entiende por reparación «aquella o aquellas acciones llevadas a cabo para devolver un producto defectuoso o un residuo a una condición en la que sirva para su finalidad prevista» (art. 2.20 Reglamento 2024/1781). La finalidad de la reparación es recuperar la funcionalidad del bien y el uso que le es propio. La reparación debe distinguirse del mantenimiento de un producto, entendido como «una o varias acciones llevadas a cabo para mantener un producto en unas condiciones en las que pueda servir para su finalidad prevista» (art. 2.19 Reglamento 2024/1781) y del reacondicionamiento de un bien que implica aquellas «acciones llevadas a cabo para preparar, limpiar, probar, hacer mantenimiento y, en caso necesario, reparar un producto o un producto desechado para restablecer su rendimiento o funcionalidad dentro del uso previsto y el intervalo de rendimiento concebidos originalmente en la fase de diseño en el momento en que el producto sea introducido en el mercado» (art. 2.18 Reglamento 2024/1781)¹⁸.

¹⁶ Aunque esa sea la intención, no es fácil. Si los remedios de primer nivel fueran reparar o resolver en contrato, en vez de reparar y sustituir, seguro que los fabricantes o empresarios serían más sensibles con la reparación.

¹⁷ AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo...*, *op. cit.*, p. 355, entre las medidas de carácter no financiero menciona las campañas de información, apoyo a iniciativas de reparación participativa ofreciéndoles espacios o entre las medidas de carácter financiero menciona los vales de reparación, fondos de reparación creación de plataformas regionales, etcétera.

¹⁸ Un bien reacondicionado es distinto a un bien de segunda mano puesto que los reacondicionados se someten a un proceso para recuperar las características y propiedades de los bienes

El objetivo de la reparación es combatir la cultura del desperdicio, extender los ciclos de vida de los productos, mejorar la seguridad de estos y contribuir a un medio ambiente más sostenible¹⁹. Reparar tiene un efecto retroactivo, pues sitúa al bien en el estado que tenía cuando funcionaba y cumplía sus fines característicos.

De la reparación se encarga el «reparador», que es «toda persona física o jurídica que, en relación con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, presta un servicio de reparación, incluidos los fabricantes y vendedores que prestan servicios de reparación y los prestadores de servicios de reparación, tanto si son independientes o como si están asociados a dichos fabricantes o vendedores» (art. 2.2 Directiva 2024/1799). Puede ser un empresario que se dedique exclusivamente a reparar o un fabricante o vendedor²⁰.

3. EL ESPACIO EN EL QUE SE UBICA EL DERECHO DE REPARACIÓN

El art. 1.2 Directiva 2024/1799 afirma que «La presente Directiva se aplicará a la reparación de bienes adquiridos por los consumidores en caso de que se produzca o manifieste un defecto en los bienes al margen de la responsabilidad del vendedor con arreglo al artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/771». Sin embargo, la Directiva 2024/1799 incide en el derecho a la reparación, tanto dentro como fuera del marco de la garantía legal. La Directiva contiene, pues, dos escenarios en los que se busca promover la reparación y en cada uno de ellos la técnica utilizada para el fin propuesto es distinta:

a) Dentro de la garantía legal, los vendedores deben ofrecer la posibilidad de que los bienes sean reparables y se intenta hacer más atractiva esta medida.

b) Fuera de la garantía legal²¹, se pretende ampliar el ámbito temporal de la reparación, y promover un mercado de reparación de los bienes que evite el desperdicio y reduzca la necesidad de adquisición de

nuevos. La duda es considerarlos bienes nuevos o de segunda mano. El considerando 17 Reglamento 2024/1781 afirma que «Los productos de segunda mano, en particular los productos sometidos a reacondicionamiento o reparación, originarios de la Unión no son productos nuevos».

¹⁹ A. CARRETERO GARCÍA, «Directiva (UE) 2024/1799: La articulación comunitaria de un “derecho a la reparación de bienes” que deja mucho que desear», *Revista CECO de Derecho de consumo*, n. 52, 2024, p. 219.

²⁰ No incidiremos en el complejo ámbito subjetivo de la Directiva. Para un estudio del tema C. LIGÜERRE, «La propuesta de Directiva...», *loc. cit.*

Sería interesante analizar si se aplica la directiva cuando el reparador es el propio consumidor. Pensemos en los *cafés de reparación*.

²¹ AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo...*, *op cit.*, p. 360, en estos casos se refiere a una reparación postcontractual.

nuevos bienes²². Para ello incluye una regulación del contrato de prestación de servicios de reparación con consumidores. Estos gozarán de un conjunto de derechos e instrumentos para hacer de la reparación una opción fácil y accesible. En este sentido, la Directiva se aplica a la reparación que tiene lugar fuera de la responsabilidad del vendedor en el marco de la garantía legal, esto es, cuando no resulta de aplicación el régimen de la garantía en la venta de bienes de consumo establecido en la Directiva 2019/771 de contratos de compraventa de bienes.

La reparación tiene un enfoque distinto en cada uno de estos escenarios. Dentro de la garantía legal, no se considera normal que se estropeen los bienes, pues se presume que los bienes están en buenas condiciones, por eso se regula el remedio de la reparación con las características propias previstas en el TRLGDCU. Fuera de los plazos de la garantía legal sí es más habitual que se estropeen los bienes y se reparan por el desgaste del bien, por el uso, por el paso del tiempo, por estar obsoleto, etc.

Ahora bien, como afirma Marín López, la Directiva 2024/1799 señala que se aplica a la reparación de bienes con defectos «al margen de la responsabilidad del vendedor con arreglo al art. 10 de la Directiva 2019/771» (art. 1.2 Directiva 2024/1799). Esto no significa que la Directiva 2024/1799 únicamente entra en juego cuando no existe garantía legal de conformidad, y por lo tanto, cuando el vendedor no está obligado a reparar o sustituir el bien conforme a la Directiva 2019/771. Lo que supone la nueva directiva es que se aplica a la reparación de bienes con defectos, «con independencia de» o «al margen de» que el vendedor esté legalmente obligado a responder de la falta de conformidad dado que no puede impedirse que, aun siendo posible solicitar la reparación gratuita del bien conforme a la Directiva 2019/771, el consumidor quiera que lo repare un reparador conforme a las reglas de la Directiva 2024/1799 (imaginemos que prefiere la profesionalidad de un reparador concreto), aunque esto no sea lo más habitual²³.

3.1. La reparación dentro de la garantía legal

La Directiva 2024/1799, modifica en su art. 16, la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, de compraventa de bienes de consumo (en concreto, los arts. 7, 10, 13 y 14). Estos cambios obligarán al legislador español a modificar el régimen de la falta de conformidad de la venta de bienes de consumo recogido en los arts. 114 y ss. TRLGDCU, modificación que debe efectuarse antes del 31 de julio de 2026 (art. 22.1 Directiva 2024/1799).

²² GÓMEZ LIGÜERRE, «La propuesta...», *loc. cit.*, p. 533.

²³ M. J. MARÍN LOPEZ, «El derecho a reparar el bien regulado en la Directiva 2024/1799, de 13 de junio, ¿Un nuevo derecho para el consumidor?», *Actualidad civil*, n. 11, Sección Persona y derechos, noviembre 2024, La ley 29880/2024, pp. 3 y 4.

3.1.1. Breve alusión a la regulación actual del derecho de reparación en el ámbito de consumo

El TRLGDCU regula la reparación como remedio para hacer frente a la falta de conformidad y también se alude a ella al regular el servicio posventa en el art. 127 bis TRLGDCU²⁴.

3.1.1.1. La reparación como remedio frente a la falta de conformidad

Por una parte, según el régimen de garantías de la Directiva 2019/771 y de los arts. 114 ss. TRLGDCU, cuando existe una falta de conformidad, la reparación y sustitución son remedios primarios regulados al mismo nivel, siendo el consumidor el que elige una u otra medida²⁵. Ambos remedios son manifestaciones de la prestación de cumplimiento²⁶.

Estos remedios aparecen en los arts. 13.2 Directivas 2019/771 y en el art. 118. 1 TRLGDCU. En este último se señala que «Si el bien no fuera conforme con el contrato, para ponerlo en conformidad, el consumidor o usuario tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución, salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, entre ellas las recogidas en el apartado 3 de este artículo, así como si la medida correctora alternativa se podría proporcionar sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario»²⁷.

²⁴ La normativa relativa a las garantías de los bienes de consumo del TRLGDCU está enfocada a estimular y fortalecer la seguridad jurídica del comercio transfronterizo, pero sin preocuparse por la sostenibilidad ni por el tránsito hacia la economía circular. G. IZQUIERDO GRAU, «La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular», *InDret* 2.2023, p. 256.

²⁵ M. D'ONOFRIO, «“Gerarchia” dei rimedi e prescrizione nella vendita di beni di consumo», *I Contratti*, n. 5, 2018, pp. 583, aún queda en manos de los consumidores elegir entre la reparación o la sustitución cuando la falta de conformidad sea subsanable con un remedio de primer orden.

²⁶ A. M. MORALES MORENO, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, tomo LXV, fasc. I, 2012, pp. 19-21, advierte que el deber de reparar o sustituir se incluyen en la pretensión de cumplimiento y se dirigen a satisfacer *in natura* el interés del comprador en obtener la cosa en estado de conformidad con el contrato, pero impone un hacer complementario, orientado a subsanar el defectuoso cumplimiento inicial.

²⁷ El considerando 48 de la Directiva 2019/771 sí se acuerda de la sostenibilidad pues señala que «Por lo que respecta a poner los bienes en conformidad, el consumidor debe poder elegir entre la reparación o la sustitución. Permitir que los consumidores pidan la reparación fomentaría el consumo sostenible y podría contribuir a una mayor durabilidad de los productos».

La ratio de la norma es restablecer el bien a su estado original o, al menos, a un estado que permita al consumidor disfrutarlos cumpliendo los criterios de conformidad objetivos y subjetivos²⁸.

La elección del consumidor no tendrá lugar cuando el remedio elegido resulta imposible²⁹ o, en comparación con la otra medida correctora, suponga para el vendedor costes desproporcionados. Esta desproporción solo puede apreciarse por comparación con la otra forma de puesta en conformidad: la reparación frente a la sustitución³⁰.

Para valorar la desproporción han de tenerse en cuenta las circunstancias previstas en el art. 118.1 *in fine* y 3 TRLGDCU (o art. 13.2 Directiva 2019/771): a) el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad; b) la relevancia de la falta de conformidad; y c) si se podría proporcionar la medida correctora alternativa sin mayores inconvenientes para el consumidor.

De estas circunstancias se puede deducir que no solo se debe tener en cuenta el dato económico del remedio que suponga un menor coste³¹, sino también otras consideraciones como la relación del valor del bien con la entidad de la falta de conformidad o simplemente los inconvenientes o molestias que puede generar al consumidor optar por uno u otro remedio³².

Si la reparación y sustitución resultan imposibles o desproporcionados, según el art. 14.4.a) Directiva 2019/771 y el art. 119 TRLGDCU, el consumidor podrá directamente reclamar una reducción del precio o la resolución del contrato. Pero, tras la Directiva 2019/771, si la reparación es imposible y la sustitución es muy onerosa para el vendedor, el consumidor no podrá imponer dicho remedio si es desproporcionado para el vendedor³³. Se observa, pues, una priorización del interés del

²⁸ A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Nápoles, 2019, p. 137.

²⁹ Sobre la imposibilidad, por todos, véase M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su trasposición por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 195.

³⁰ Sobre la desproporción, puede consultarse también T. PELLEGRINI, «Vizio del bene compravenduto e riparazioni eccessivamente onerose tra codice del consumo e Codice civile», *Giustiziacivile.com*, 2020, pp. 1-9.

³¹ Costes desproporcionados no necesariamente significa costes más elevados, pues si así fuera bastaría con que el vendedor alegara y probara, sin más, que la sustitución es para él más costosa que la reparación para justificar su negativa a sustituir. J. M. MARÍN LÓPEZ, «La reforma de la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes de consumo, contenida en la Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», CESCO, 2 junio 2023, p. 3. (https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_reforma_de_la_Directiva_2019_771_.pdf). El autor relata con claridad las fases a seguir para determinar la desproporcionalidad (pp. 3 y 4).

³² G. MUÑOZ RODRIGO, *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 334-335.

³³ J. MORAIS CARVALHO, «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», Arroyo Amayuelas y Cámara Lapuente

vendedor, puesto que es el que tiene la última palabra a la hora de decidir la puesta en conformidad de los bienes, por mucho que el consumidor sea el titular de la elección de los remedios³⁴.

3.1.1.2. La reparación y el servicio posventa

El art. 127 bis TRLGDCU regula la reparación y servicio posventa³⁵. Se reconocen dos derechos: por una parte, el derecho del consumidor y usuario a un adecuado servicio técnico (establecimientos idóneos para la puesta a punto, reparación u otras adversidades que sufran los productos) y, por otra parte, el derecho a la existencia de repuestos durante al menos diez años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse.

El servicio posventa puesto por el productor a disposición del consumidor para reparar el bien y para disponer de los necesarios repuestos para sustituir a los elementos deteriorados o estropeados de los bienes, forma parte de las legítimas expectativas del consumidor. El servicio técnico tiene la finalidad de hacer perdurar la utilidad del bien o servicio concediendo al consumidor y usuario, la oportunidad de disponer de una información, servicio de reparaciones, recambios, actualizaciones, etcétera.

Se prohíbe incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos a las reparaciones y para disponer de los necesarios cargar por mano de obra, traslados o visitas, cantidades superiores a los costes medios estimados por cada sector, debiéndose diferenciar en la factura los distintos conceptos. La norma va destinada a los contratos de reparación solicitados a cambio de un precio, por lo tanto, ajenos al periodo de garantía, cuyas reparaciones son gratuitas (118.4.a) TRLGDCU). Se regula también un deber de información, puesto que se obliga a exponer la lista de precios de los repuestos. El art. 127 bis TRLGDCU debe relacionarse con el art. 12.3 LOCM, que regula quienes son los sujetos obligados a garantizar el servicio técnico y el plazo mínimo para la obligación de suministrar piezas de repuesto con una falta de coordinación con el TRLGDCU de debería subsanarse, pues establecen plazos distintos. Señala el art. 12.3 LOCM que «el producto o, en su defecto,

(dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 45. Y STSJ de 16 junio 2011 Weber y Putz (asunto C-65/09 y C-87/09).

³⁴ G. MUÑOZ RODRIGO, *La falta de conformidad ...*, op. cit., p. 338 y doctrina citada por el autor en la nota 447.

³⁵ El problema es que existe normativa específica en nuestra legislación donde también se alude al tema del servicio posventa poco armonizada. Por ejemplo, respecto a los aparatos de uso doméstico, el RD 58/1988, de 29 de enero se refiere al «servicio de asistencia técnica oficial de marca». El problema es que el Real Decreto establece unos plazos que son distintos a los establecidos en el art. 127 bis TRLGDCU. O el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regula la actividad industrial y prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes recoge también el tema.

el importador, garantizará, en todo caso, frente a los compradores la existencia de un adecuado servicio técnico para los bienes de carácter duradero que fabrica o importa, así como el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse».

Es habitual que la reparación de los bienes durante el periodo de garantía se lleve a cabo en los servicios de asistencia técnica. Si la prestación del servicio es realizada mientras está vigente la garantía legal, o comercial, resulta de aplicación las reglas relativas a dichas garantías; en otro caso, el consumidor deberá abonar el precio del servicio. Pero la diferencia entre este servicio y la garantía, es que aquel, tras el plazo de garantía y con independencia de ella, pretende que el consumidor pueda resolver fácilmente las deficiencias y deterioros durante un periodo de tiempo razonable, aunque ya no sea de forma gratuita, pues dichas deficiencias son consecuencia del uso u otra causa no imputable al vendedor ni al fabricante³⁶.

El art. 127 bis TRLGDCU acaba advirtiéndolo «la acción o derecho de recuperación de los bienes entregados por el consumidor o usuario al empresario para su reparación prescribirá un año después del momento de la entrega».

3.1.2. *Novedades introducidas por la Directiva 2024/1799*

La Directiva 2024/1799 introduce algunas novedades al régimen de garantías de la Directiva 2019/771 que afectarán al TRLGDCU. En concreto se centra en el derecho de reparación, pues es el remedio más adecuado con el proceso de transición ecológica, y por ello el más impulsado por el legislador comunitario. En concreto, las novedades más significativas son las siguientes:

3.1.2.1. *La reparabilidad como criterio objetivo de conformidad*

El art. 16 Directiva 2024/1799 otorga una nueva redacción al art. 7.1.d) Directiva 2019/771, referente a los requisitos objetivos de conformidad³⁷, introduciendo un nuevo criterio para determinar la conformidad del bien. Así, los bienes, para ser conformes al contrato

³⁶ M. A. PARRA LUCÁN, Comentario al art. 12 LOCM, Bercovitz Rodríguez-Cano y Leguina Villa, (Coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, 1997, p. 218; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Comentario al art. 12 LOCM, Alonso Espinosa, López Pellicer, Massaguer Fuentes y Reverte Navarro (Coords.), *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1999, p. 220.

³⁷ Corresponde al art. 115 ter d) TRLGDCU. Para un estudio de los requisitos objetivos, A. BUENO BIOT, «La conformidad objetiva en los contenidos y servicios digitales: estándares legales y garantías del consumidor», *RDC*, 1, 2025, pp. 185-237.

«presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, entre ellas las relacionadas con la durabilidad, reparabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado».

Se añade la «reparabilidad» como una característica más que han de tener los bienes. En concreto, se cita la «reparabilidad» como segunda característica, justo después de la «durabilidad»³⁸. Cuanto más duradero sea un producto menos reparación necesitará³⁹. De la norma resulta que no es un listado cerrado de requisitos, por lo que pueden incluirse otros⁴⁰.

La reparabilidad de un bien supone «aquella o aquellas acciones llevadas a cabo para devolver un producto defectuoso o un residuo a una condición en la que sirva para su finalidad prevista» (art. 2.20 Reglamento 2024/1781)⁴¹. En cuanto el defecto que exige la repara-

³⁸ Durabilidad y reparación se encuentran directamente relacionados y vinculados con el desarrollo sostenible y la preocupación por la adecuada protección de las personas consumidoras como parte vulnerable. Véase M.J. TAPIA FRAILE, «¿Comprar o reparar?: Reflexiones acerca de los mecanismos jurídicos para combatir la obsolescencia programada», *Revista de ciencias sociales*, n. 84, 2024, p. 188.

Ahora bien, como indica CARRETERO GARCÍA, «Directiva (UE) 2024/1799..., *loc. cit.*, pp. 236 y 237: «que la durabilidad y la reparabilidad se incluyan como criterios de conformidad no cambia el hecho de que los plazos de responsabilidad continúen siendo los mismos, por lo que cabe considerar que la introducción de estos criterios no conlleva ningún avance real en términos de sostenibilidad». Y E. ISLER SOTO, «¿Son los plazos de garantía un límite a la exigencia de durabilidad de un bien?», *Estudios Socio-Jurídicos*, 25 (2), 2023, pp. 9, 10 y 11, señala que «resulta contradictorio que no se exijan referencias explícitas sobre la durabilidad mínima esperable de la funcionalidad de los bienes para poder ser introducidos en el mercado y que, al mismo tiempo, se pretenda incentivar a las personas consumidoras a que opten por la reparación en caso de falla o deterioro».

³⁹ CARRETERO GARCÍA, «Directiva (UE) 2024/1799..., *loc. cit.*, pp. 239 «resultaría bastante más eficaz asegurar la durabilidad a través de garantías legales mucho más amplias con el fin de proteger no sólo los derechos de las personas consumidoras, sino también el interés general, ya que la durabilidad material y funcional de los productos disminuiría la sobreexplotación de recursos, la generación de residuos y los elevados niveles de contaminación».

⁴⁰ Como, por ejemplo, la reciclabilidad o reutilizabilidad del bien que pueden también contribuir a la sostenibilidad. Véase R. M. GARCÍA TERUEL, «El nou dret europeu a la reparació: propostes per a Catalunya», Institut de Dret privat europeu i comparat. Universitat de Girona (Coord.), *El Dret civil català davant la transformació digital i les exigències de la sostenibilitat*, Documenta Universitaria, Girona, 2025, p. 284.

⁴¹ La doctrina ha aportado definiciones de reparabilidad. A título de ejemplo, AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo...*, *op. Cit.*, p. 333, la define como la «obligación de hacer sobre un bien defectuoso con el objetivo de reparar o eliminar el vicio o defecto del bien para devolverle a su finalidad original». A. VECINA AZNAR, «Un análisis crítico de las principales novedades en materia de reparación de bienes de consumo introducidas por la Directiva 2024/1799», *CESCO*, 12 noviembre 2024, https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Un_analisis_critico_de_

ción, supone una anomalía, avería, incorrección o falta de cualidades o prestaciones de las que adolezca un bien determinado⁴².

La conformidad se medirá, por una parte, en relación con la reparabilidad que presentan bienes del mismo tipo y, por otro lado, a través de las razonables expectativas del consumidor.

La reparabilidad del bien se vincula con la existencia de requisitos de reparabilidad que son los requisitos que permiten la reparación del bien, incluidos los requisitos para mejorar la facilidad de desmontaje y los requisitos relativos al acceso a las piezas de recambio, la información y las herramientas relacionadas con la reparación aplicables a bienes o componentes específicos de los bienes de que se trate⁴³.

En este entorno, Marín López se plantea la duda de determinar cuándo se manifiesta la falta de conformidad por falta de reparabilidad. Es decir, si es suficiente que el consumidor descubra durante los tres años de garantía que el bien no cumple los requisitos de reparabilidad, aunque dicho objeto funcione perfectamente; o si es preciso que durante esos tres años el bien presente un defecto y el consumidor se percate de que no puede repararlo por no cumplir el bien los requisitos de reparabilidad. Consideramos, con el autor, que en ambos casos existe falta de conformidad, aunque en el primer caso el bien funcione perfectamente, pues el consumidor ya sabe que, transcurrido el plazo de tres años desde la entrega, si el bien sufre una avería de ese tipo no podrá repararlo. De modo que será inservible y tendrá que acudir al mercado a comprar otro nuevo⁴⁴. Sin embargo, consideramos que aceptar que existe falta de conformidad aunque el bien funciona perfectamente, exige una diligencia especial del consumidor, pues será preciso que analice con detalle el producto adquirido para observar si podrá repararse o no en caso de una futura avería y que existan requisitos de reparabilidad. Podría suavizarse esta diligencia si el consumidor dispone de más in-

las principales novedades.pdf, p. 7, considera que la reparabilidad es la aptitud de un bien para ser reparable «[...] reparabilidad también se refiere al cuánto y al cómo se repara, esto es, por un lado, la frecuencia con que él tiene que ser reparado y la forma en que se repara, y, por otro, el dinero y tiempo que se debe dedicar a su reparación». O. GARCÍA TERUEL, «El nou dret europeu...», p. 266, la reparación tiene la finalidad el restablecimiento de la funcionalidad del bien; la recuperación del uso que le es propio.

⁴² MARÍN LÓPEZ, «El derecho a reparar el bien...», *loc. cit.*, p. 3.

⁴³ M. J. MARÍN LÓPEZ, «La “reparabilidad” como elemento para juzgar la conformidad del bien vendido con el contrato: en nuevo artículo 7.1d) de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, de contratos de compraventa de bienes», *CESCO*, 4 enero 25, P. 4 afirma que «la reparabilidad del bien es un elemento para juzgar la conformidad del bien [art. 7.1.d) DCCB] únicamente de unos productos concretos (los del anexo II de la DRB y aquellos otros que en el futuro estén sometidos a requisitos de diseño ecológico). Para los demás bienes la reparabilidad no juega ningún papel». Sin embargo, opina lo contrario AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo...*, *op. cit.*, pp. 123-125 y 409, que entiende que «no puede limitarse la operatividad de la reparabilidad en razón de la limitación de los requisitos de reparabilidad del Anexo II Directiva 2024/1799».

⁴⁴ MARÍN LÓPEZ, «La “reparabilidad”...», *loc. cit.*, pp. 8 y 9.

formación sobre la reparabilidad de los productos cuando se ponen a la venta; información que debería ser suministrada por el fabricante.

Otro problema que se plantea es la descompensación de tiempos entre la responsabilidad del vendedor (tres años) y la disponibilidad de piezas de recambio o información técnica que es diferente en cada producto y acto jurídico de la UE en los que se establecen los requisitos de reparabilidad o del criterio general del art. 127 bis TRLGDCU (diez años).

Marín López lo ilustra con un ejemplo similar al siguiente: en los requisitos de diseño ecológico referente a la reparación de una lavadora doméstica y lavadoras-secadoras⁴⁵, se afirma que «los fabricantes, los importadores o los representantes autorizados de lavadoras domésticas y lavadoras-secadoras domésticas pondrán a disposición de los reparadores profesionales al menos las piezas de recambio que se indican a continuación, durante un período mínimo de diez años tras la introducción en el mercado de la última unidad de un modelo». Puede suceder que, durante los tres años de garantía, el fabricante ya no tiene disponibilidad de una pieza de recambio porque las lavadoras solo deben tener ciertas piezas de repuesto durante diez años desde la introducción en el mercado de la última unidad del modelo adquirido de lavadora. Si la última lavadora se introdujo en el mercado en 2023, deberá disponer de piezas de recambio hasta 2033. Si se compra en 2025 y unos meses después el consumidor observa que no existen piezas de recambio de las indicadas en el Reglamento 2019/2023 relativo a las lavadoras, el fabricante incumple dicha norma y hay falta de conformidad pues no han transcurrido los diez años. Pero si se descubre en que no hay disponibilidad de las piezas de recambio en 2034, no se incumple el Reglamento pues ya han transcurrido los diez años desde la introducción del último modelo de lavadoras en el mercado, y aunque estemos dentro del plazo de garantía, no hay falta de conformidad.

La paradoja que se produce en estos casos es agudamente expuesta por el autor. Aunque el objeto funcione correctamente, hay falta de conformidad si no es reparable. «Por lo tanto, el consumidor podrá ejercitar los remedios establecidos en la ley. Pero no podrá acudir a la reparación (por definición el bien no se puede reparar), y tampoco la sustitución resulta viable (todos los ejemplares de ese modelo de lavavajillas “sufren” la misma falta de conformidad), solo son viables los

⁴⁵ Previstos en el Reglamento (UE) 2019/2023 de la Comisión, de 1 de octubre de 2019, por el que se establecen requisitos de diseño ecológico aplicables a las lavadoras domésticas y a las lavadoras-secadoras domésticas con arreglo a la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1275/2008 de la Comisión y se deroga el Reglamento (UE) núm. 1015/2010 de la Comisión (DO L 315 de 5.12.2019, p. 285). En concreto, en el Anexo II (Requisitos de diseño ecológico) punto 8 (Requisitos de eficiencia en el uso de los recursos).

remedios subsidiarios y, en particular, la resolución. Pero la resolución es el remedio más insostenible, y el que más negativamente afecta a la economía circular»⁴⁶.

Como solución a este desajuste, García Teruel⁴⁷, siguiendo el régimen aplicable a los bienes con contenidos o servicios digitales de suministro continuo en el que la responsabilidad del vendedor puede englobar la falta de conformidad que se produce o manifieste durante todo el periodo de suministro del contenido o servicio digital (art. 10.2 Directiva 2019/771), considera que podría defenderse la extensión de la responsabilidad del vendedor durante todo el plazo en el que el fabricante esté obligado a facilitar piezas de recambio o información relativa a la reparación, sin perjuicio de la acción de repetición frente al fabricante. Es una buena solución, pero solo ampararía a los casos en que coincida el plazo de garantía con el de tener disponibles piezas de recambio. Además, la protección del consumidor tiene un coste que acaba sufriendo el propio consumidor, pues el producto se encarece.

Si se protege al fabricante, la falta de piezas de recambio es un riesgo que debe asumir el consumidor puesto que la reparación será imposible, pero el consumidor siempre podrá acudir a la sustitución si está dentro del periodo de garantía o adquirir un nuevo bien si no está vigente la garantía, cosa que encaja poco con el principio de sostenibilidad. Desde luego, el problema se resolvería si el plazo durante el cual deben de estar disponibles las piezas de recambio e información empezara a computar en el momento de la última venta del producto, no desde la introducción en el mercado de la última unidad del producto. Pero es una solución descabellada, pues no es nada fácil controlar la última venta de un producto. Además, es una carga excesiva para el fabricante que puede estar obligado de por vida a tener piezas de recambio.

3.1.2.2. Medidas correctoras por falta de conformidad y ampliación de plazo de garantía

Otra de las novedades de la Directiva 2024/1799 es la relativa a las medidas correctoras por falta de conformidad. En su art. 16.3, relativo a la modificación de la Directiva 2019/771, señala que en el art. 13 (sobre medidas correctoras por falta de conformidad) se añade el si-

⁴⁶ MARÍN LÓPEZ, «La “reparabilidad”...», *loc. cit.*, p. 9.

⁴⁷ GARCÍA TERUEL, «El nou dret europeu a la reparació...», *loc. cit.*, p. 285 y 286.

También se ha defendido que la reparación estuviera siempre al alcance del consumidor, es decir, que durante el plazo de garantía el consumidor podría solicitar todos los remedios siempre que se cumplan los requisitos de exigibilidad, sin embargo, a pesar de haber transcurrido el plazo de garantía legal, si la falta de conformidad se manifiesta posteriormente el consumidor podría solicitar igualmente la reparación, M. GARCÍA GOLDAR, «Propuestas para garantizar modalidades de consumo y productos sostenibles (ODS 12)», *Revista de fomento social*, n. 76/1, 2021, p. 107.

guiente apartado: «2.bis. Antes de ofrecer al consumidor una solución para restablecer la conformidad de los bienes, el vendedor le informará de su derecho a optar entre la reparación o sustitución, así como de la posible ampliación del periodo de responsabilidad establecida en el artículo 10 apartado 2 bis» (este último precepto lo amplía una vez por doce meses).

Nos recuerda al incentivo sutil, propio de los nudges, para estimular o inducir el comportamiento del consumidor con el objeto de poder tomar mejores decisiones, en este caso, a favor de la sostenibilidad⁴⁸.

A lo que obliga la norma es a informar al consumidor sobre el derecho de opción y la ampliación del plazo de garantía a la que tiene derecho si opta por la reparación. No aporta nada nuevo⁴⁹, excepto la ampliación del plazo.

La Propuesta de Directiva del derecho de reparación de 2023⁵⁰ establecía una regla más arriesgada en su art. 12 al señalar que «cuando los costes de sustitución sean iguales o superiores a los costes de reparación, el vendedor reparará los bienes para ponerlos en conformidad». Se refería a costes iguales o superiores para el vendedor, porque es el vendedor el que está obligado a reparar o sustituir. En este sentido, si el consumidor solicitara la sustitución y el vendedor alegara que la sustitución tiene para él un coste económico igual o superior a la reparación, el vendedor podría elegir la reparación en vez de la sustitución. Quedaba en sus manos optar por uno u otro remedio⁵¹. En la propuesta se situaba a la reparación en un lugar prioritario y remedio primario.

⁴⁸ Lo apuntaba como método deseado IZQUIERDO GRAU, «La transición del derecho...», *loc. cit.*, pp. 263 y 264.

⁴⁹ Art. 20 Directiva 2019/771 (Información al consumidor), ya advertía que «Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar que esté a la disposición de los consumidores la información sobre los derechos de los consumidores conforme a la presente Directiva, así como la información sobre las vías para hacerlos valer».

⁵⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828, COM (2023) 155 final, 22 marzo 2023. Para un estudio de la propuesta de directiva de 2023 y un análisis crítico de la misma: M. J. MARIN LÓPEZ, «La reforma de la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes de consumo, contenida en la propuesta de directiva de 22 de marzo de 2023», *CESCO*, 2 junio 2023. https://centrodeestudiosdeconsumo.eu/images/La_reforma_de_la_Directiva_2019_771_.pdf; G. IZQUIERDO GRAU, «Contrato para la prestación de servicios de reparación», *Revista de Derecho Patrimonial*, 62, septiembre-diciembre 2023, pp. 153 ss.; o H.F. CORTÉS LÓPEZ, «La obligación de reparar en la propuesta de Directiva (UE) 2023/0083», *Actualidad civil*, núm. 3, Sección personas y Derechos, marzo 2024, La Ley 11272/2024, que considera que «el foco de la Propuesta está en la protección del medioambiente y no en la tutela de los intereses de los consumidores».

⁵¹ Fue un acierto el cambio de redacción, pues como afirma VECINA AZNAR, «Un análisis crítico...», *loc. cit.*, p. 9, no siempre reparar genera menos residuos que sustituir y se habrían dado casos en que la reparación, que no era querida por el consumidor, se le impondría por ser más barata, generando que llegara tarde el bien reparado. En estos casos el bien, aunque

Reparación y sustitución no eran remedios que estaban al mismo nivel ni el consumidor podía elegir libremente entre uno y otro. Sin embargo, este enfoque no se mantuvo en la Directiva aprobada, que ha apostado por establecer incentivos a la reparación, sin imponerla.

La Directiva 2024/1799, además, en sede de responsabilidad del vendedor, amplía el plazo de garantía al incorporar un apartado 2 bis al art. 10 de la Directiva 2019/771: «Cuando de conformidad con el art. 13.2, se efectúe una reparación como medida correctora para restablecer la conformidad de los bienes, el periodo de responsabilidad se ampliará una vez por 12 meses»⁵², plazo que se puede ampliar por los Estados miembros⁵³. La ampliación del plazo se aplicará tanto si es el consumidor el que elige la reparación como si es el vendedor el que, negándose a sustituir el bien como le propone el consumidor, alega un coste desproporcionado de la sustitución respecto a la reparación⁵⁴.

La duda es si lo que se regula es un plazo de garantía adicional solo de la reparación (como hacía el 120 TRLGDCU), o si lo que establece es la ampliación en doce meses del plazo general de garantía legal del art 10.1 Directiva 2019/771⁵⁵.

El plazo de doce meses trae causa de la falta de conformidad que motivó la reparación, por lo que podría pensarse que solo afecta a la reparación realizada. Pero si lo que se pretenden es incentivar al consumidor a elegir la reparación para alcanzar un modelo de economía circular, deberíamos defender que el plazo de los doce meses se suma

reparado, frustraría las legítimas expectativas del consumidor (la autora ilustra su parecer con el caso de la reparación de un vestido novia).

⁵² El antiguo 120 c) TRLGDCU establecía un plazo de seis meses desde la entrega del producto reparado, durante el cual el vendedor respondía de las faltas de conformidad que motivaron la reparación. Se eliminó por Real Decreto 7/2021 que traspuso la Directiva 2019/771. En cambio, el art. 621-23.3 CCCAt, por ejemplo, establece que el vendedor responde de la falta de conformidad del bien reparado o sustituto, durante el año siguiente a la reparación o a la sustitución, siempre que la causa de la falta de conformidad sea la misma causa inicial. Corresponde al vendedor demostrar que no hay identidad de causa. Para un estudio de la legislación catalana, E. ARROYO AMAYUELAS, «The Implementation of the UE Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *EuCML*, 1, 2022, pp. 35 ss.; L. ARNAU RAVENTÓS y M. GRAMUNT FOMBUENA, «La regulación del contrato de compraventa y los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *ADC*, tomo LXXVI, fasc I 2023, pp 75 ss.

⁵³ V. MAK y E. TERRY, «Circular Economy and Consumer Protection The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, núm. 43, 2019, p. 237, defienden la posibilidad de que se reinicie el plazo de la garantía legal después de la reparación. Y apoya esta solución IZQUIERDO GRAU, «La transición del derecho...», *loc. cit.*, p. 277.

⁵⁴ GARCÍA TERUEL, «El nou Dret europeu...», *loc. cit.*, pp. 286 y 287.

⁵⁵ Por ejemplo, a favor de lo último, VECINA AZNAR, «Un análisis crítico...», *loc. cit.*, p. 4. Pues obedecen a un mismo hecho jurídicamente relevante: la falta de conformidad del bien a lo pactado; o CARRETERO GARCIA «Directiva (UE) 2024/1799...», *loc. cit.*, p. 237.

a la garantía en total⁵⁶. Por tanto, la ampliación del plazo al total de la garantía no deja de ser un premio a la elección de la reparabilidad.

3.1.2.3. Bien de sustitución o reacondicionado

Otra de las novedades que se introduce en el art. 14.1 in fine Directiva 2019/771 en sede del régimen de la reparación y sustitución, es la siguiente: «Durante la reparación, en función de las especificidades de la categoría de bienes de que se trate, en particular de la necesidad del consumidor de disponer de ellos de forma permanente, el vendedor podrá proporcionar gratuitamente al consumidor un bien de sustitución, también un bien reacondicionado, en préstamo. / Para cumplir su obligación de sustituir el bien, el vendedor podrá proporcionar, a petición expresa del consumidor, un bien reacondicionado».

Según el art. 2.18 Reglamento 2024/1781 el reacondicionamiento de un producto supone «las acciones llevadas a cabo para preparar, limpiar, probar, hacer mantenimiento y, en caso necesario, reparar un producto o un producto desechado para restablecer su rendimiento o funcionalidad dentro del uso previsto y el intervalo de rendimiento concebidos originalmente en la fase de diseño en el momento en que el producto sea introducido en el mercado». Por tanto, los bienes reacondicionados no son bienes nuevos y así nos lo recuerda el considerando 17 Reglamento 2024/1781: «Los productos de segunda mano, en particular los productos sometidos a reacondicionamiento o reparación, originarios de la Unión no son productos nuevos y pueden circular en el mercado interior sin necesidad de ser conformes con los actos delegados por los que se establezcan requisitos de diseño ecológico que hayan entrado en vigor tras su introducción en el mercado. Sin embargo, los productos remanufacturados se consideran nuevos y estarán sujetos a los requisitos de diseño ecológico si entran en el ámbito de aplicación de un acto delegado». Si la sostenibilidad es el principio bandera, tendría que haberse aprovechado la ocasión para otorgar mayor importancia a la sustitución por productos reacondicionados dentro de la garantía legal.

Cuando el bien es reacondicionado, la norma establece que se entregará «en préstamo». Debe entenderse que se entrega el bien reacondicionado en comodato, o préstamo gratuito mientras se repara el bien originario⁵⁷. Además, el considerando 42 afirma que «En cualquier

⁵⁶ En este sentido en la MAIN DEL ANTEPROYECTO pp. 19 y 20 se afirma que «se amplía el período de responsabilidad en doce meses que se añadirán al período de responsabilidad restante del bien para aquellos supuestos en los que se opte por la reparación como medida para restablecer la conformidad».

⁵⁷ De la misma opinión, GARCÍA TERUEL, «El nou Dret europeu...», *loc. cit.*, p. 288, nota 81.

caso, el préstamo temporal del bien de sustitución al consumidor debe realizarse de forma gratuita».

De la lectura de las novedades del art. 14.1 Directiva 2019/771 y del considerando 42 según el cual «el vendedor podría prestar al consumidor un bien de sustitución, en función de las especificidades de la categoría de bienes pertinente, si la reparación no se ha completado en un plazo razonable o sin inconvenientes importantes para el consumidor», observamos que la entrega de un bien de sustitución depende de que se esté reparando el bien en un plazo razonable o sin inconvenientes importantes para el consumidor .

Mientras se repara el bien, se supone que, dentro de un plazo razonable, la entrega de un bien en sustitución tiene un carácter excepcional y muy concreto puesto que solo procederá: «...en función de las especificidades de la categoría de bienes de que se trate, en particular de la necesidad del consumidor de disponer de ellos de forma permanente...». Puede ser el caso de un consumidor, cuya silla de ruedas presenta una falta de conformidad. En este caso se justifica la necesidad del consumidor de disponer del bien de forma permanente por las especificidades del bien por lo que se podrá entregar gratuitamente un bien de sustitución mientras se repara la silla o un bien reacondicionado en «préstamo». En todo caso es el vendedor el que decidirá entregar o no el bien de sustitución o reacondicionado (el precepto dice «podrá»). También podría encajar en la norma el consumidor a quien se le estropea su vehículo que usa diariamente para ir a trabajar por no tener otro medio de transporte ni público ni privado.

En cambio, durante la reparación del bien, si no hay una necesidad especial del consumidor, el vendedor no tiene por qué entregar un bien en sustitución, pero si la reparación no se ha completado en un plazo razonable (aunque no exista una necesidad del consumidor de disponer de ellos de forma permanente), a partir de entonces sí podrá entregar un bien en sustitución. Es decir, solo podrá entregar un bien en sustitución a partir del momento en que el plazo de reparación no es razonable, no antes. En todo caso nada impide que el vendedor entregue el bien desde el inicio de la reparación si así lo decide voluntariamente. No

La versión francesa de la directiva queda más claro: «*Pendant la réparation, en fonction des spécificités de la catégorie de biens concernée, en particulier de la nécessité pour le consommateur de disposer des biens en permanence, le vendeur peut prêter gratuitement au consommateur un bien de remplacement, y compris un bien reconditionné*» [...podrá prestarle al consumidor un artículo de sustitución de forma gratuita, incluyendo un artículo reacondicionado] (art. 16.4) O la versión alemana, que prefiere referirse a préstamo gratuito: «*Während der Nachbesserung kann der Verkäufer, abhängig von den besonderen Eigenschaften der entsprechenden Warenkategorie, insbesondere dem Bedarf des Verbrauchers, solche Waren ständig verfügbar zu haben, dem Verbraucher unentgeltlich eine Ersatzware, auch eine überholte Ware, als Leihgabe zur Verfügung stellen*» [...proporcionarle un producto de sustitución incluidos bienes reacondicionados, de forma gratuita a modo de préstamo] (art. 16.4).

tiene mucho sentido, si todo depende de la voluntad del vendedor, que no se prevea la posibilidad de entregar un bien en sustitución mientras se está reparando un bien en plazo razonable.

La norma resulta poco atractiva para el consumidor. Aparte de ser restrictiva, todo está condicionado a la voluntad del vendedor. Limitar la entrega de un bien de sustitución a la categoría de bienes, a las necesidades del consumidor, al plazo que dure la reparación y a los inconvenientes que pueda generarle, es muy taxativo. Y más, si a ello hay que añadir que, aunque se den estas condiciones, todo depende de la voluntad del vendedor. Sería aconsejable que, en los supuestos de reparación, la entrega del bien en sustitución o reacondicionado tuviera un carácter más general y con carácter voluntario para el vendedor, pues forzar a un vendedor a tener bienes para dejarlos temporalmente en sustitución puede ser muy gravoso para él. En cambio, consideramos que, mientras dura la reparación, debería ser obligado entregar temporalmente un bien en sustitución (pudiendo ser reacondicionado), en los casos en que se trate de situaciones en que el consumidor tiene necesidad de disponer de ellos de forma permanente y para una necesidad vital⁵⁸.

El art. 14.1 Directiva 2019/771 finaliza con una nueva norma según la cual «para cumplir su obligación de sustituir el bien, el vendedor podrá proporcionar, a petición expresa del consumidor, un bien reacondicionado». Cuesta comprender que el consumidor solicite «expresamente» un bien reacondicionado en caso de elegir la sustitución del bien por tener una falta de conformidad, a no ser que no exista bienes nuevos y le interese ese bien concreto⁵⁹.

3.2. La reparación fuera de la garantía legal

A diferencia de lo analizado hasta ahora, en este apartado estudiaremos la reparación de defectos o anomalías que se manifiestan con posterioridad o al margen del periodo legal de garantía. Este derecho a la reparación tampoco es desconocido en nuestro ordenamiento⁶⁰, pero lo que se pretende con la Directiva 2024/1799 es potenciarlo de la mano del principio de sostenibilidad en el ámbito del Derecho de consumo. Se pretenden ofrecer incentivos insuficientes a los consumidores para que reparen sus bienes tras expirar la garantía legal.

Cuando no se aplica la obligación legal de reparar como remedio para hacer frente a la falta de conformidad, muchos bienes defectuosos

⁵⁸ De la lista de bienes con actos jurídicos de la UE (los del Anexo II de la Directiva) pocos cumplirían esta condición.

⁵⁹ De la misma opinión GARCÍA TERUEL, «El nou Dret europeu...», *loc. cit.*, p. 288.

⁶⁰ Así en sede de usufructo, el usufructuario y nudo propietario están obligado a realizar ciertas reparaciones (arts. 500-502 Cc), o en la regulación de la medianería (art. 575 o 576 Cc), arrendamiento (arts. 1554, 1558, 1559 CC), etcétera.

se desechan, aunque todavía sean útiles. Para evitar esta situación, la Directiva 2024/1799, en su art. 5, pretende que el fabricante, a petición del consumidor, pueda reparar los bienes a los que se aplican los requisitos de reparabilidad. De este modo, el consumidor podrá conseguir la reparación del bien, pues al menos habrá un sujeto (el fabricante) comprometido a reparar. La obligación de reparar recae en el fabricante, aunque puede subcontratar la reparación⁶¹.

Cabe señalar que la Directiva 2024/1799 se aplica a la reparación de cualquier bien (Considerando 8)⁶². Sin embargo, «los artículos 5 (obligación de reparación) y 6 (información sobre la obligación de reparación) solo se aplicarán a los bienes para los que los actos jurídicos de la Unión enumerados en el anexo II establezcan requisitos de reparabilidad. y en la medida en que se establezcan» (art. 1.3 DRP). Se establece, pues, un doble nivel en la aplicación de la Directiva, pues los arts. 5 y 6 se aplican a un reducido número de bienes⁶³.

3.2.1. Régimen jurídico del derecho de reparación

El art. 5 Directiva 2024/1799 regula la «obligación de reparación», pero solo se aplica a los bienes para los que se establecen requisitos de reparabilidad mediante actos jurídicos de la Unión (Reglamentos)⁶⁴. En el anexo II Directiva 2024/1799 se enumeran los Reglamentos dictados hasta la fecha que, en relación con determinados bienes, establecen requisitos de reparabilidad: las lavadoras y lavadoras-secadoras domésticas, lavavajillas domésticos, aparatos de refrigeración, pantallas electrónicas, equipos de soldadura, aspiradoras, servidores y productos de almacenamiento de datos, teléfonos móviles, teléfonos inalámbricos, tabletas pizarra, secadoras de tambor domésticas, y bienes que incorporan baterías para medios

⁶¹ El fabricante, según el art. 2.42 Reglamento 2024/1781, es «toda persona física o jurídica que fabrica un producto o que encarga su diseño o fabricación y lo comercializa con su nombre o marca». Si el fabricante no está establecido en la Unión Europea, el obligado a reparar es su representante en la UE, el importador, distribuidor o quien hayan subcontratado cada uno de ellos con las implicaciones que ello supone en cuanto a responsabilidad.

⁶² Considerando 8: «Al objeto de aprovechar plenamente los beneficios de la presente Directiva, esta debe aplicarse a todos los bienes. No obstante, las disposiciones relativas a las obligaciones de reparación e información especificadas en la presente Directiva solo deben aplicarse a aquellos bienes para los cuales los actos jurídicos de la Unión establezcan requisitos de reparabilidad».

⁶³ MARÍN LÓPEZ, «El derecho a reparar el bien...», *loc. cit.*, p. 4, defiende que la reparabilidad, como criterio objetivo de conformidad, solo se aplica a los bienes enumerados en el anexo II, descartándose para el resto de bienes. En contra, AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo...*, *op. cit.*, pp. 124-125 y 409.

⁶⁴ Art. 5 Directiva 2024/1799: «Los Estados miembros velarán por que, a petición del consumidor, el fabricante repare los bienes para los que los actos jurídicos de la Unión enumerados en el anexo II establezcan requisitos de reparabilidad, y en la medida en que se establezcan».

de transporte ligeros⁶⁵. Por lo tanto, los fabricantes de estos bienes deberán garantizar la disponibilidad de piezas de recambio durante el plazo que se establezca en cada Reglamento, posibilitar el acceso a la información sobre el montaje y desmontaje, sobre la reparación y mantenimiento de los bienes no se aplican a los demás bienes que se reparan, etcétera.

La Directiva regula un contrato de prestación de servicios de reparación⁶⁶, que puede ser gratuito u oneroso, sobre bienes muebles tangibles⁶⁷, que se celebra entre un consumidor y un reparador⁶⁸; reparador que puede ser el propio fabricante del bien o una persona independiente, pues no tiene carácter personalísimo.

Sin embargo, el fabricante queda exento de la obligación de reparación cuando esta sea imposible de hecho o de derecho. Esto implica que el fabricante no puede rechazar la reparación por motivos puramente económicos, como el coste de las piezas de recambio, o por el único motivo de que otros reparadores o, en su caso, el consumidor, hayan realizado una reparación anterior (Considerando 24, Directiva 2024/1799).

El objeto del contrato es realizar las acciones pertinentes para «devolver un producto defectuoso o un residuo a una condición en la que sirva para su finalidad prevista» (art. 2.20 Reglamento 2024/1781), sin distinguir el tipo de reparación de que se trata. Lo que se pretende es que el bien de consumo vuelva a recuperar la utilidad que tenía para la finalidad a la que estaba destinado⁶⁹.

⁶⁵ Son pocos los bienes con requisitos de reparabilidad (solo diez), lo que limita mucho el derecho de reparación y la finalidad que se pretende con ello, la protección del medio ambiente. Sin embargo, la Comisión podrá actualizar la lista de actos jurídicos de la Unión que establecen requisitos de reparabilidad de función del desarrollo normativo (art. 5.9 Directiva 2024/1799).

⁶⁶ MARÍN LOPEZ, «El derecho a reparar el bien...», *loc. cit.*, p. 3. Pero como bien señala el autor, «calificar el contrato de reparación como de prestación de servicios no significa que, conforme al derecho español, haya que mantener esa calificación con la consecuencia de que el reparador quede obligado únicamente a prestar el servicio con la diligencia debida, pero no a obtener el resultado comprometido (reparar el bien). De hecho, en el derecho español el contrato de reparación es un contrato de obra en el que la obtención del resultado está contractualmente incluida en el contrato».

⁶⁷ Considerando 12 y art. 2.5 de la Directiva 2019/771.

⁶⁸ Se entiende por reparador (art. 2.2 Directiva 2024/1799) «toda persona física o jurídica que, en relación con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, presta un servicio de reparación, incluidos los fabricantes y vendedores que prestan servicios de reparación y los prestadores de servicios de reparación, tanto si son independientes o como si están asociados a dichos fabricantes o vendedores». Por tanto, se trata de un profesional. El acreedor de la reparación es un consumidor no un empresario y el deudor el fabricante, su representante, importador, distribuidor o terceros independientes. La subcontratación, sin embargo, no exonerará de responsabilidad.

⁶⁹ GARCÍA TERUEL, «El nou Dret europeu...», *loc. cit.*, pp. 272 y 273 afirma que estamos ante «un nou tipus de contracte forçós fonamentat en la protecció del medi ambient i al marge de la responsabilitat del venedor. Per tant, es constituirà de forma unilateral una nova relació jurídica entre el fabricant i el consumidor, en què el primer restarà obligat a reparar el bé si el consumidor ho sol·licita».

En cuanto al defecto que genera la obligación de reparar el bien, debe tratarse de una anomalía, avería, incorrección o falta de cualidades o prestaciones que sufra el bien. Se echa de menos saber qué es exactamente una pieza de repuesto en los casos de reparación, pues si se rompe el enganche de la puerta de la lavadora, el fabricante puede considerar que la pieza de repuesto es toda la puerta, no el enganche, y eso encarece los precios.

Si la reparabilidad de un bien implica aquellas acciones llevadas a cabo para devolver un producto defectuoso o un residuo a una condición en la que sirva para su finalidad prevista (art. 2.20 Reglamento 2024/1781), ¿cualquier tipo de defecto exige una reparación prevista en la Directiva 2024/1799?; al igual que la resolución, ¿procede solo en casos de anomalías significativas?⁷⁰. Parece que en el nuevo derecho de reparación previsto en la Directiva ajeno a la garantía legal, los defectos estéticos quedarían excluidos, pues no afectan a la funcionalidad del bien. Por ejemplo, si un teléfono móvil funciona perfectamente, pero tiene una grieta en la pantalla que no impide ver su contenido, nada impide que el consumidor pueda repararlo, pero en estos casos el reparador no deberá cumplir los requisitos de la normativa⁷¹. Sin embargo, cualquier avería que impida que el bien cumpla su función, debe poder repararse según la normativa.

Para que el consumidor conozca este derecho a la reparación la Directiva advierte que el fabricante debe informar «sobre su obligación de reparar y sus servicios de reparación», y que dicha información debe ofrecerse al menos durante toda la vigencia de la obligación de reparación, lo que podría entenderse como desde el momento de la introducción en el mercado hasta la expiración de los requisitos de reparabilidad» (art. 6 Directiva 2024/1799)⁷².

⁷⁰ Art. 119 ter segundo apartado TRLGDCU: 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.

La Dir. 2019/771: El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato *cuando la falta de conformidad sea leve*. La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al vendedor.

⁷¹ Además, hay productos que ya advierten que tiene anomalías por ser artesanales (tejidos, por ejemplo), lo que les da un carácter especial y en cuyo caso no procede pedir la reparación.

⁷² La información debe mencionar «los bienes a los que se aplica dicha obligación, junto con una explicación de que se realiza la reparación de dichos bienes y en qué medida, por ejemplo, a través de subcontratistas». Además, el fabricante debe tener libertad para determinar los medios por los cuales informe al consumidor, por ejemplo, a través de un sitio web, de manera visible y destacada, por medio del pasaporte digital del producto o en el punto de venta, por ejemplo, cuando el fabricante sea el vendedor. El pasaporte digital de un producto es el conjunto de datos de un producto, relacionados con sus requisitos de diseño ecológico, al que se puede acceder por medios electrónicos mediante un soporte de datos, esto es, un código de barras (art. 2.28 Reglamento 2024/1781).

La reparación que regula la Directiva se efectuará con las siguientes condiciones:

a) La reparación será «gratuita o por un precio razonable» (art. 5.2.a) Directiva 2024/1799).

La gratuidad de la reparación no será lo habitual, pues es posible que el consumidor no disponga de una garantía legal, aunque sí puede estar amparado por una garantía comercial. Si se establece un precio, debería incluir los costes laborales, el coste de las piezas de recambio, los costes de explotación del taller de reparación y los márgenes habituales.

Además, el precio debe ser «razonable» o aceptable, es decir, contrario a precios elevados o excesivos, lo que significa que debe fijarse de manera tal que no se disuada intencionadamente a los consumidores de acogerse a la obligación de reparación del fabricante (Considerando 16 Directiva 2024/1799).

El problema es determinar el precio razonable. La razonabilidad es una máxima que obliga a obrar de manera coherente y flexible, en concordancia con los principios del sentido común y con los juicios de valor generalmente aceptados, capaz de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, de los múltiples intereses concurrentes y de situaciones anómalas, nuevas o marginales. Se trata de un parámetro, un referente o punto de comparación que ayuda a determinar lo correcto. Sin embargo, la consideración de lo que sea razonable o no dependerá siempre de lo que el operador jurídico entienda por ordinario o normal conforme a su tradición y ordenamiento jurídico y el término «razonabilidad» tiene muchos matices, es decir, se usa en muy diversos contextos adquiriendo distintos significados. Así, observamos que se configura como un principio de equidad, justicia o adecuación en diversos parámetros como el tiempo, plazo, precio, gasto, información. O supone ponderación, sentido común, probabilidad, diligencia, etcétera⁷³. En nuestro caso, un criterio para determinar el precio razonable podría ser un 20 por 100 del precio de compra original, de lo contrario no compensa al consumidor y preferirá comprar uno nuevo⁷⁴.

⁷³ Sobre el principio de razonabilidad, E. TORRELLES TORREA, «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2023), vol. 15, n. 1, pp. 846 ss.

⁷⁴ Para defender este criterio nos apoyamos en los datos de la Comisión Europea presentes en el Informe de Impacto de la propuesta de Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, según el cual los usuarios consideran aceptable pagar por la reparación alrededor del 20 por 100 del precio de compra original, oscilando entre el 17 por 100 y el 27 por 100 dependiendo del tipo de producto. Por encima de estos umbrales, tienden a comprar un producto nuevo. (MAIN Anteproyecto, *loc. cit.*, p. 23).

Como indica CARRETERO GARCÍA «Directiva (UE) 2024/1799...», *loc. cit.*, p. 242, si el precio razonable es el precio de mercado, lo frecuente es que «no compense reparar y que, por tanto, termine adquiriéndose un bien nuevo. No se ofrecen criterios para determinar qué son precios y plazos razonables. Tampoco se fijan umbrales de reparabilidad por debajo de los cuales no

En todo caso, en relación con el precio, los fabricantes o quienes tengan una obligación de reparación, velarán por que los consumidores tengan acceso, a través de un sitio web de libre acceso, a información sobre los precios indicativos cobrados por las reparaciones típicas de bienes (art. 5.5 Directiva 2024/1799).

Si no puede fijarse con exactitud el precio, al menos tendrá que indicarse la forma en que ha de calcularse el precio final y el precio máximo que tendría que abonar el consumidor⁷⁵.

La razonabilidad del precio también vincula a los fabricantes que comercialicen piezas de recambio y herramientas para los bienes previstos en el Anexo II, que no podrán imponer precios desorbitados ni a los consumidores ni a otros reparadores.

b) La reparación se llevará a cabo «en un plazo razonable a partir del momento en que el fabricante disponga físicamente del bien, lo haya recibido o el consumidor le haya proporcionado acceso a él» (art. 5.2.b) Directiva 2024/1799). El precepto distingue tres supuestos: poner físicamente del bien a disposición del fabricante, haberlo recibido el fabricante (por ejemplo, si se ha enviado o lo recibe el fabricante en la sede central de la empresa, distinto al espacio en el que se procede a la reparación), o tener «acceso» al bien que puede significar permitir que la reparación se realice en el domicilio del consumidor.

La norma no establece un plazo concreto para reparar y parece sensato si pensamos que cada bien y avería tiene unas peculiaridades diferentes. En todo caso, podemos aplicar analógicamente el considerando 55 Directiva 2029/771 al afirma que, con objeto de proteger a los consumidores contra el riesgo de largas demoras, lo que se considere un plazo razonable para efectuar una reparación debe corresponder al plazo más breve posible necesario para llevarla a cabo. «Este plazo debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o la sustitución»⁷⁶.

No debe confundirse el plazo razonable del que dispone el reparador para reparar un bien, con el plazo durante el cual debe existir un

pueda ponerse a la venta un producto con el fin de disuadir a los fabricantes de producir bienes poco o nada reparables».

⁷⁵ MARÍN LÓPEZ, «El derecho a reparar el bien...», *loc. cit.*, p. 8.

GARCÍA TERUEL, «El nou Dret europeu...», *loc. cit.*, p. 277 defiende aplicar por analogía el art. 621-5 CCCat: «Si el contrato suscrito no determina el precio ni establece los medios para su determinación, se entiende que el precio es el generalmente cobrado en circunstancias comparables, en el momento de la conclusión del contrato y con relación a bienes de naturaleza similar».

⁷⁶ Puede ayudar el art. 127 bis.3 TRLGDCU: «La acción o derecho de recuperación de los bienes entregados por el consumidor o usuario al empresario para su reparación prescribirá un año después del momento de la entrega». El plazo máximo podría ser un año.

adecuado servicio técnico y piezas de repuesto (diez años a partir de la fecha en que el bien deja de fabricarse en el art. 127 bis TRLGDCU o cinco años desde que el bien deja de fabricarse en el art. 12 de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista). Y tampoco debe confundirse con el plazo durante el cual el consumidor puede exigir la reparación. Este último plazo obliga a acudir a los actos jurídicos especificados en el anexo II, que son los que establecen los requisitos de reparabilidad; sin embargo, es tan confuso y complejo determinarlo que sería más útil establecer un rango de años dependiendo del tipo de bienes⁷⁷.

No se prevé qué sucede en los casos en que exista un deficiente servicio de reparación y se generen daños. Consideramos que hubiera sido adecuado prever que el reparador indemnizara, en estos casos, los posibles daños y perjuicios ocasionados e incluso pueda entregar un bien en sustitución, aunque sea reacondicionado.

c) Por otra parte, «el fabricante podrá prestar al consumidor un bien de sustitución gratuitamente o a un precio razonable mientras dure la reparación» (art. 5.2.c) Directiva 2024/1799). Es una facultad del fabricante y ese bien puede ser nuevo o usado⁷⁸. Aquí no se aplican las restricciones que veíamos *supra*, en sede de garantía legal. Simplemente depende de la voluntad del fabricante.

d) Una última condición que se establece es que «En aquellos casos en los que la reparación sea imposible, el fabricante podrá ofrecer al consumidor un bien reacondicionado» (art. 5.2.d) Directiva 2024/1799). El fabricante no está obligado a ofrecer el bien reacondicionado (puede que no disponga de ellos) y si lo ofrece, el consumidor tampoco está obligado a aceptarlo.

Por tanto, el fabricante puede ofrecer otro bien de la misma especie reacondicionado, pero no el mismo bien, que por el tipo de defecto que presenta no se puede reparar ni reacondicionar.

Marín López⁷⁹, distingue dos momentos en que puede hacerse patente la imposibilidad de reparar «En primer lugar, tan pronto como el consumidor contacta con el fabricante y le informa del defecto que presenta el bien, o se presenta ante el fabricante y este analiza el bien (servicio de diagnóstico) y advierte que el defecto es irreparable. En tal caso no llega a celebrarse el contrato de reparación. Pero es posible, en segundo lugar, que se celebre el contrato y que el fabricante constata

⁷⁷ GARCÍA TERUEL, «El nou Dret europeu...», *loc. cit.*, p. 281.

⁷⁸ El considerando 16 Directiva 2024/1799 afirma que «Para incentivar a los consumidores a que se reparen sus bienes al margen de la garantía legal, el fabricante debe poder ofrecer el préstamo de un bien comparable mientras dure la reparación, que se espera que sea devuelto una vez que el consumidor reciba el bien reparado».

⁷⁹ MARÍN LÓPEZ, «El derecho a reparar el bien...», *loc. cit.*, p. 9.

la imposibilidad de reparar cuando lleva a cabo los actos tendentes a la reparación. El art. 5.2.d) DRB parece referirse a esta última situación. El fabricante, tras constatar que no puede reparar el bien, puede ofrecer al consumidor un bien reacondicionado». Sin embargo, consideramos que nada obsta que en el primer caso pueda ofrecerse también un bien reacondicionado, eso sí, fuera del marco del derecho de reparación, pues no ha tenido lugar. Simplemente informa al consumidor de que dispone de bienes reacondicionados, que en ambos casos deberá adquirir a cambio de un precio.

Para terminar, respecto a la obligación del fabricante de ofrecer piezas de recambio, información sobre reparación y mantenimiento o cualquier herramienta relacionada con la reparación, es decir, los requisitos de reparación (art. 2.11 Directiva 2014/1799), el art. 5.4 de la directiva señala que «los fabricantes que comercialicen piezas de recambio y herramientas para los bienes a los que se apliquen los actos jurídicos de la Unión enumerados en el anexo II ofrecerán dichas piezas de recambio y herramientas a un precio razonable que no disuada de la reparación».

Los fabricantes, que están obligados a suministrar piezas de recambio y las herramientas necesarias para la reparación durante un determinado período de tiempo, pueden a cambio de ellos cobrar un precio «razonable» y es razonable cuando «no disuade de la reparación» esto es, cuando no disuade de la compra de esas piezas de recambio y herramientas (Considerando 18). Es complicado establecer a partir de qué precio existe disuasión, pues depende de la situación personal de cada consumidor.

3.2.2. *La reparación realizada por tercero*

Ya se ha comentado anteriormente que la reparación puede llevarse a cabo por el fabricante⁸⁰ o por cualquier reparador, a elección del consumidor (art. 5.8 Directiva 2024/1799). Como se señala en el considerando 23 de la Directiva es probable que el consumidor se dirija a reparadores independientes por su proximidad o al vendedor antes que acudir a fabricantes que, por ejemplo, podrían estar situados a mayor distancia y para los que el precio de la reparación podría ser más

⁸⁰ Aunque como matiza MARÍN LÓPEZ, «El derecho a reparar el bien...», *loc. cit.*, p. 6, «el fabricante del bien no está obligado a reparar el bien tras la mera petición del consumidor. A lo que está obligado es a “ofrecerse” a reparar el bien de manera gratuita o a cambio de un precio razonable. Por lo tanto, el consumidor podrá dirigirse al fabricante comunicándole que quiere reparar el bien. Y el fabricante está obligado a trasladarle una oferta de contrato de reparación, que contenga las condiciones del contrato, y en particular, un precio razonable. Si el consumidor acepta esas condiciones, o hace una contrapropuesta, o de cualquier otro modo llegan a un acuerdo sobre el precio, hay contrato».

elevado debido a los costes de transporte. En estos casos, los reparadores independientes podrán utilizar piezas de recambio originales o de segunda mano, piezas de recambio compatibles y piezas de recambio realizadas mediante impresión 3D, siempre que dichas piezas sean conformes a los requisitos del Derecho de la Unión o nacional, como los requisitos en materia de seguridad de los productos o en cumplimiento de la propiedad intelectual (art. 7.6 Directiva 2024/1799).

En todo caso, el fabricante no se negará a reparar bienes a los que se apliquen los actos jurídicos de la Unión enumerados en el anexo II alegando únicamente que otros reparadores o cualquier otra persona han efectuado una reparación previa. (art. 5.7 Directiva 2024/1799)⁸¹; para negarse deberá alegar una razón adicional.

El fabricante tampoco recurrirá a cláusulas contractuales ni a técnicas relacionadas con los equipos o los programas informáticos que impidan la reparación de bienes a los que se apliquen los actos jurídicos de la Unión enumerados en el anexo II, a menos que estén justificadas por factores legítimos y objetivos, incluida la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del Derecho de la Unión y nacional (art. 5.6 Directiva 2024/1799). Una cláusula contractual de este tipo, limitando el derecho de reparación, será nula (art. 14 Directiva 2024/1799).

Lo que se echa de menos es una regulación relativa a la posibilidad de los consumidores de reparar sus propios bienes.

3.2.3. *Formulario Europeo de información sobre la reparación y su configuración como oferta de contrato*

Las características propias del derecho de consumo no escapan al derecho de reparación previsto en el Directiva 2024/1799, pues la obligación precontractual de información, tan presente en la normativa de consumo como fuente de protección del consumidor desde la Directiva 2011/83/UE, tiene un espacio relevante en la norma.

Este deber de información se consigue a través del formulario europeo de información sobre la reparación previsto en el art. 4. La entrega de ese formulario es voluntaria para los reparadores⁸². Es el consumidor quien debe solicitarlo y el reparador podrá entregarle el formulario de

⁸¹ Como señala GARCÍA TERUEL, «El nou dret europeu...», *loc. cit.*, p. 260, la Digital Fair Repair Act de Nueva York (2023, NY A 1285), prohíbe incluir cláusulas contractuales que denieguen la reparación al consumidor si ya se ha reparado previamente por un reparador independiente.

⁸² Que por parte del fabricante sea voluntario entregar el formulario supone que la oferta contractual puede llevarse por otras vías. CARRETERO GARCÍA, «Directiva (UE) 2024/1799...», *loc. cit.*, pp. 245 y 246.

forma gratuita y en soporte duradero (art. 4.2 Directiva 2024/1799). Si decide entregarlo lo hará «en un plazo razonable y antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato para la prestación de servicios de reparación» (art. 4.1).

La importancia del formulario es que facilita al consumidor la información precontractual más significativa para que pueda decidir contratar o no. Con su obtención los consumidores podrán conseguir varias ofertas de contrato de reparación y compararlas.

El formulario debe incorporar las siguientes condiciones de reparación de forma clara y comprensible (art. 4.4 Directiva 202/1799): a) la identidad del reparador; b) la dirección geográfica en la que está establecido el reparador, así como su número de teléfono y dirección de correo electrónico y, si se dispone de ellos, otros medios de comunicación en línea que permitan al consumidor ponerse en contacto con el reparador y comunicarse con él de forma rápida y eficiente; c) el bien que debe repararse; d) la naturaleza del defecto y el tipo de reparación propuesta; e) el precio o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano, la forma en que debe calcularse el precio y el precio máximo de la reparación; f) el tiempo estimado necesario para la reparación; g) la disponibilidad de bienes de sustitución temporal durante el período de reparación y el coste de la sustitución temporal, en su caso, para el consumidor; h) el lugar en el que el consumidor entrega los bienes para su reparación; i) cuando proceda, los servicios auxiliares, como la retirada, la instalación y el transporte, que ofrece el reparador y, en su caso, el coste de dichos servicios para el consumidor; y j) el periodo de validez del formulario. Sin embargo, no es una lista completa de datos, pues se echa de menos, por ejemplo, aludir a los derechos del consumidor o al procedimiento de pago.

La información contenida en el formulario debe proporcionarse a los consumidores en un plazo razonable, que debe corresponder al plazo más breve posible tras la solicitud.

Si no se suministra la información indicada, el art. 65 TRLGDCU advierte que «Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

Y en los casos en que no se proporcione un formulario de información sobre la reparación (recordemos que es voluntario), el consumidor

La propuesta de directiva establecía la obligatoriedad de entrega del formulario al consumidor para los reparadores que fueran fabricantes (o alguna de las personas mencionadas en el art. 5 de la propuesta). El texto definitivo de la Directiva no lo hace. Por tanto, al reparador, sea o no el fabricante, no se le impone el deber de facilitar al consumidor el formulario europeo de reparaciones. Si deberá reparar en los términos establecidos en el formulario, pero solo si hace entrega del mismo al consumidor, cosa a la que no está obligado.

podrá celebrar un contrato para la prestación de servicios de reparación con cualquier reparador con arreglo a la información precontractual proporcionada por otros medios según la Directiva 2011/83/CE, de 25 octubre sobre derechos de los consumidores⁸³.

El formulario supone una oferta de contrato en la medida que contiene las principales estipulaciones del servicio de reparación a las que el reparador queda obligado en caso de aceptación por parte del consumidor durante el plazo de treinta días naturales (art. 4.5 Directiva 2024/1799)⁸⁴. Por tanto, es suficiente la aceptación del consumidor para que se perfeccione el contrato de reparación lo que implica que la entrega del formulario constituye una oferta vinculante e irrevocable durante un plazo de treinta días naturales. Durante este plazo no se podrán modificar las condiciones de la reparación.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales se rige por el Derecho nacional (Considerando 13). Además, los Estados miembros deben establecer medidas correctoras proporcionadas y eficaces para los consumidores cuando el reparador no efectúe el servicio de reparación contratado. Entre esas medidas podría incluirse el reembolso del coste pagado por el servicio de diagnóstico (Considerando 14).

Sin embargo, la Directiva no se olvida de los supuestos en que no es tan sencillo saber qué tipo de reparación exige la avería del bien. En este caso crea la figura del servicio de diagnóstico (art. 4.3 Directiva 2024/1799). Es decir, para averiguar el defecto del bien y el tipo de reparación necesaria y poder fijar el precio de la reparación, es necesario inspeccionar el bien y hacer determinadas comprobaciones en el mismo. Pero, el reparador debe informar al consumidor sobre los costes necesarios de dicho servicio de diagnóstico. Si el consumidor acepta ese precio, el reparador inspeccionará el bien. Ahora bien, el hecho de aceptar la inspección del bien y pagar por ello, no obliga al reparador a tener que entregar el formulario europeo⁸⁵.

⁸³ AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo...*, *op. cit.*, p. 351.

⁸⁴ VECINA AZNAR, «Un análisis crítico...», *loc. cit.*, p. 3.

La Propuesta de Directiva configuraba el formulario como un simple documento de información precontractual, por lo que no estábamos ante una verdadera oferta de contrato, ni permitía al consumidor exigir al reparador que le entregase una oferta de contrato. Como aclaraba el Considerando 10 de la Propuesta, el reparador sigue teniendo libertad para decidir no celebrar el contrato de reparación incluso aunque haya entregado el formulario europeo. El formulario tenía un papel muy residual.

⁸⁵ MARÍN LÓPEZ, «El derecho a reparar el bien...», *loc. cit.*, p. 5 considera que «los Estados miembros podrán establecer que, de celebrarse el contrato de reparación, del precio del contrato se deduzca el importe del precio del servicio de diagnóstico los Estados miembros podrán establecer que, de celebrarse el contrato de reparación, del precio del contrato se deduzca el importe del precio del servicio de diagnóstico».

3.2.4. *Creación de una plataforma europea de reparaciones*

La Directiva 2024/1799, establece la creación de una plataforma europea en línea sobre reparaciones para antes del 21 de julio de 2027 de acceso sencillo y gratuito desarrollada y gestionada por la Comisión Europea al tener un carácter supranacional (art. 7.2 Directiva 2024/1799). Su objetivo es permitir al consumidor «encontrar reparadores y, en su caso, vendedores de bienes reacondicionados, compradores de bienes defectuosos para su reacondicionamiento o iniciativas de reparación participativas» (Considerando 31 Directiva 2024/1799). Es un mecanismo para facilitar el acceso a la reparación. En una sociedad no muy acostumbrada a acudir a reparadores, puede resultar de gran utilidad una herramienta como esta para localizar profesionales como reparadores, no muy conocidos, en general, por el consumidor, aunque hay que reconocer los enormes costes que deberán asumir la UE y los estados para su creación. No obstante, no es obligatorio que los reparadores se registren en la web, ni para los vendedores de bienes reacondicionados, compradores de bienes defectuosos para reacondicionarlos o para las iniciativas de reparación participativas. Pero puede suponer un buen canal de difusión para ellos.

Se observa que la plataforma no solo se destina a reparadores, sino que también permite la incorporación de vendedores de bienes reacondicionados, compradores de bienes defectuosos para su reacondicionamiento o nuevos instrumentos de mercado de carácter complementario como pueden ser la creación de iniciativas de reparación de carácter participativo⁸⁶.

Se concede a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre establecer una sección nacional dentro de la plataforma europea en línea o crear una plataforma nacional en línea que cumpla las condiciones establecidas en la presente Directiva (Considerando 27 Directiva 2024/1799).

4. ANTEPROYECTO DE LEY DE CONSUMO SOSTENIBLE

Analizado el derecho de reparación en la Directiva 2024/1799, dedicamos un último apartado a un breve apunte meramente divulgativo sobre la trasposición de dicha directiva en nuestro ordenamiento. El 1 de julio de 2025 se aprobó el Anteproyecto de Ley de consumo sostenible con el objetivo de trasponer dos directivas comunitarias: la Directiva 2024/825, sobre el empoderamiento de los consumidores

⁸⁶ AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo...*, op. cit., p. 352.

en la transición ecológica y la Directiva 2024/1799, que refuerza el derecho a reparar⁸⁷.

El Anteproyecto forma parte del Plan de Acción de Producción y Consumo Sostenible cuya intención es buscar una economía más circular, responsable y orientada a la durabilidad de los productos. Se persigue establecer una auténtica cultura de la reparación que minimice residuos y el uso de recursos. La promoción de productos «circulares» exige actuar sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras más allá de la garantía legal y dar prioridad a la reparación en el sistema de opciones que se configura tras la falta de conformidad de un producto⁸⁸.

Por lo que a nosotros nos interesa se observa un impulso a la reparación y la garantía legal para facilitar el acceso de las personas consumidoras a opciones que prolonguen la vida útil de los productos en lugar de sustituirlos. Para ello se establecen los requisitos de reparabilidad para los bienes determinados por los actos jurídicos de la Unión Europea incluidos en el Anexo II de la Directiva. El Anteproyecto sigue las pautas diseñadas por la Directiva 2024/1799 y genera incentivos económicos para que las personas consumidoras, dentro de su libertad de elección, opten por la reparación en lugar de la sustitución de producto.

A través del anteproyecto se modifica el TRLGDCU. Las principales novedades relativas a la reparación se describen a continuación.

— Se añaden una serie de definiciones vinculadas al derecho de reparación tanto desde el punto de vista del objeto y actividad como en lo referente a los actores que participan en las relaciones de consumo (destacan las definiciones de puntuación de reparabilidad, reacondicionamiento, reparación, reparador, requisitos de reparabilidad, etcétera), en un extenso art. 59 bis. La mayoría de definiciones son transcripción de las definiciones comunitarias.

— En cuanto al derecho de información del consumidor, el anteproyecto pretende proteger a los consumidores garantizándoles una mayor información y seguridad. Tanto en el art. 60.2 TRLGDCU, relativo a la información previa al contrato, dentro del apartado relativo a las medidas de información que se consideran relevantes, como en el art. 97 TRLGDCU sobre información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, se completan, reordenan e incorporan un apartado en cada uno de ellos dedicado a las garantías en el que se indica que es relevante

⁸⁷ También se introducen medidas propias que afectarán directamente a páginas web, marketplaces y negocios digitales, para reforzar la protección del consumidor, garantizar una información veraz y clara, y eliminar las prácticas comerciales desleales.

⁸⁸ MAIN ANTEPROYECTO, *loc. cit.*, pp. 10 y 11.

informar sobre el aviso armonizado, la etiqueta armonizada⁸⁹, recordar la existencia de la garantía legal de conformidad para el contenido y servicios digitales y si procede, recordar la existencia y condiciones de los servicios posventa y de las garantías comerciales. Se añaden dos últimos supuestos de información relevante relativos a la puntuación de reparabilidad (en el caso de que existan o no existan).

— Respecto a las modificaciones de la garantía legal del TRLGDCU, regulada en el título IV sobre Garantías y servicios posventa, se modifican un conjunto de preceptos.

Se pretende favorecer la opción de reparar sobre la opción de sustituir bienes en supuestos de falta de conformidad y se completa esta medida con la obligación de reparación impuesta a los fabricantes de manera inequívoca, que viene a complementar el régimen de servicios de posventa ya existente en nuestra legislación. Sin embargo, las medidas establecidas no consiguen encumbrar a la reparación y darle prioridad, sino que es más bien una especie de recuerdo de que existe la reparación.

En el art. 115.ter.d) TRLGDCU relativo a los requisitos objetivos de conformidad se añade la reparabilidad como cualidad o característica que debe tener el bien.

En el régimen jurídico de la puesta en conformidad (art. 118.1 TRLGDCU), se incorpora la obligación del empresario de informar al consumidor el derecho de opción entre la reparación y sustitución y la posible ampliación del periodo de responsabilidad del art. 120.1, si opta por reparar.

Entre las medidas correctoras previstas para la puesta en conformidad se añaden dos apartados en el art. 118.4 TRLGDCU: un apartado d) «En función de las especificidades de la categoría de bienes de que se trate y, en particular, de la necesidad del consumidor o usuario de disponer de ellos de forma permanente, el vendedor podrá proporcionar gratuitamente al consumidor o usuario, en préstamo, un bien de sustitución, pudiendo ser un bien reacondicionado, durante el tiempo que dure la puesta en conformidad». El apartado resulta de dudosa comprensión por su redacción. Debería suprimirse proporcionar un bien «en préstamo» y afirmar que el bien de sustitución o reacondicionado se entregue de forma gratuita durante el tiempo que dure la puesta en conformidad.

⁸⁹ El diseño y contenido del aviso armonizado (que es un aviso obligatorio en el punto de venta destinado a sensibilizar a los consumidores sobre sus derechos de garantía legal) y la etiqueta armonizada (que representa una garantía comercial voluntaria de durabilidad, ofrecida por los productores que desean garantizar a los consumidores la durabilidad de sus bienes), se ha regulado en el Reglamento de Ejecución (UE) 2025/1960 de la Comisión, de 25 de septiembre de 2025. Tanto el aviso armonizado como la etiqueta armonizada se establecen en la Directiva 2011/83/UE.

También se añade un apartado e) en el que se establece que «En el supuesto de que el consumidor o usuario opte por la sustitución del bien como medida correctora para su puesta en conformidad, el vendedor podrá proporcionar, a petición expresa del consumidor o usuario, un bien reacondicionado». Ya advertimos que no resultará fácil que el consumidor expresamente solicite este tipo de bien como sustitutivo del bien con falta de conformidad, a no ser que no existan bienes nuevos o tenga una sensibilidad especial a la protección del medio ambiente.

Por tanto, el régimen jurídico de la puesta en conformidad se complementa con la opción de los bienes reacondicionados que podrán proporcionarse tanto como bienes de sustitución mientras dure la reparación para devolverle la conformidad a un bien, como, previa solicitud de la persona consumidora, para dar cumplimiento a la obligación de sustituir un bien como consecuencia de la falta de conformidad de este. Pero se ha desaprovechado la ocasión para regular de forma más precisa el reacondicionamiento y advertir, por ejemplo, que en el caso de elegir la sustitución como remedio, se pueda entregar un bien reacondicionado.

En el art. 120.1 se añade la prórroga de un año si se elige la reparación como remedio: «Este plazo se ampliará en doce meses adicionales, una única vez, cuando el consumidor o usuario opte, como medida correctora para restablecer en conformidad, por la reparación del bien»⁹⁰. Entendemos que el plazo se añade a la garantía legal existente.

— Estas medidas previstas para el régimen de puesta en conformidad de los bienes se completan con la exhaustiva regulación de la obligación de reparación impuesta a los fabricantes que se aplicaría a aquellos defectos que no se deban a la falta de conformidad, bien por la naturaleza misma del defecto, bien por haber transcurrido el plazo para la manifestación de la falta de conformidad. En particular se reforma el art. 127 bis y se añade un art. 127 ter TRLGDCU.

En el art. 127 bis TRLGDCU se establece un plazo general de diez años durante el cual estarán disponibles repuestos. Pero se introduce una remisión a los reglamentos vigentes de ciertos bienes que tienen unos plazos distintos (se trata de los actos jurídicos del Anexo II de la Directiva 2024/1799) o a cualquier otra normativa sectorial que resulte de directa aplicación. Sería conveniente aprovechar la ocasión para reformar el art. 12.3 de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista que establece un plazo de cinco años. El resto del precepto recoge el contenido del art. 5 y 6 de la Directiva 2024/1799 ya analizado en páginas anteriores.

⁹⁰ «Este plazo» se refiere al plazo de garantía de tres años desde la entrega en el caso de bienes y dos años en el caso de contenidos o servicios digitales.

Destaca la responsabilidad en cascada prevista para aquellos casos en que el fabricante obligado a efectuar una reparación esté establecido fuera de la Unión Europea, involucrando a otras figuras como el representante autorizado, el importador y el distribuidor. Se establece, pues, una secuencia de operadores económicos alternativos que deben cumplir la obligación de reparación del fabricante en tales casos.

El art. 127 ter se dedica al formulario europeo de información sobre la reparación. Es una reproducción del art. 4 Directiva 2024/1799 excepto en lo siguiente:

— No incorpora el art. 4.4 Directiva 2024/1799 en el que se especifica las condiciones de reparación. Parece más un olvido que una intención consciente.

— Se recoge el Formulario europeo de información sobre la reparación con tal de proporcionar a las personas consumidoras información relevante sobre los servicios de reparación. Así, los reparadores pueden, de forma voluntaria, utilizar el formulario europeo de información gratuito sobre la reparación donde figure la naturaleza del defecto, el precio y el plazo para llevar a cabo esa reparación, permitiendo a las personas consumidoras valorar y comparar los diferentes servicios de reparación. Esto, adicionalmente, otorgará seguridad jurídica a ambos lados de la relación contractual, ya que los reparadores que cumplieren correctamente el formulario se entenderá que cumplen con sus deberes de información precontractual sobre los servicios de reparación e infundirá a las personas consumidoras confianza en los servicios de reparación.

Sin embargo, el Anteproyecto regula la posibilidad de entrega del formulario por parte del reparador, «sin perjuicio de la obligación legal o reglamentaria de confeccionar presupuesto previo que rijan en cada caso». No tiene mucho sentido este presupuesto si tenemos presente que en el formulario ya debe constar el precio de la reparación o su modo de cálculo, a no ser que, dado que el formulario es voluntario, el consumidor siempre puede solicitar el presupuesto.

— Se añade un apartado quinto en el art. 127 ter TRLGDCU que no está previsto en la Directiva: «A los exclusivos efectos de aplicarse el sistema de financiación de la reparación, el apartado “Naturaleza del defecto” del Formulario Europeo de Información sobre la reparación deberá contener un juicio de diligencia en el uso del bien susceptible de reparación, donde el reparador debe explicitar si considera que la necesidad de reparación procede del mal uso del producto por parte del consumidor o de una reparación previa deficiente. Para ello, deberá adjuntar a la explicación del juicio de diligencia elementos que permitan una valoración autónoma, entre los cuales se presentarán material gráfico y una descripción de la disfunción que precisa reparación». Se introduce un elemento nuevo: el juicio de diligencia, que obliga la repara-

rador a descubrir el motivo de la avería y acreditarlo. Esto supone una carga y burocratización excesiva para el reparador y un posible nido de conflictos. Además, no se resuelve qué sucede en los casos en que la necesidad de reparación sea consecuencia de un mal uso del consumidor o de una reparación anterior realizada deficientemente. Parece que en estos casos no podría aplicarse el sistema de financiación de la reparación. La reparación debe abarcar cualquier motivo que haya generado la avería y más si se establece un precio (razonable) para reparar.

— Respecto a la plataforma europea (Disposición Adicional única del anteproyecto) se opta por contar con una sección nacional en la interfaz común de la plataforma europea en línea en la que se acogerá no solo a reparadores, sino también a vendedores de bienes reacondicionados, compradores de bienes defectuosos para su reacondicionamiento e iniciativas de reparación participativas como los «repair café».

La competencia de la gestión de la sección nacional compete al Ministerio con competencias en materia de consumo, que a su vez actuará como punto de contacto nacional para la plataforma europea en línea. No se olvida de la competencia autonómica cuyas autoridades respectivas controlarán los reparadores, vendedores de bienes reacondicionados, compradores de bienes defectuosos para reacondicionarlos e iniciativas de reparación participativas de su territorio. Además, se incentiva a las administraciones públicas, nacionales y autonómicas, a informar a los consumidores, agentes económicos pertinentes y vendedores, sobre la disponibilidad de la plataforma e informarán también a los consumidores sobre el derecho a la reparación de los bienes y de las vías para hacerlo valer.

— El anteproyecto dedica el artículo tercero a las medidas de promoción de las reparaciones cubiertas por el derecho a reparar. Se desarrolla un nuevo sistema de financiación de la reparación de productos, como respuesta a las medidas de fomento de las reparaciones prevista en el art. 13 de la Directiva 2024/1799. Estos esquemas de financiación de la reparación de bienes, con tradición en Derecho comparado⁹¹,

⁹¹ MAIN ANTEPROYECTO, *loc. cit.*, p. 21. Se describen los sistemas implantados en Francia (se ofrecen descuentos directos en talleres certificados (etiqueta QualiRepar) para la reparación de productos como electrodomésticos, ropa y calzado. Este sistema está financiado por las tasas de la responsabilidad ampliada del productor (EPR) que pagan los fabricantes), Austria (desde 2022, se ofrece a nivel nacional bonos que cubren el 50 por 100 del coste de reparación de equipos eléctricos y electrónicos, hasta un máximo de 200 euros —Reparaturbonus—), o Alemania (el estado de Turingia ofreció entre 2021 y 2022 una bonificación que cubría el 50 por 100 del coste de reparación, con un tope de 100 euros al año por persona. Este programa también permitía cubrir el coste de piezas de repuesto para su uso en Repair Cafés).

La forma de financiación de los fondos citados es dispar, desde la financiación directa por los fabricantes en el modelo francés, a la financiación por parte del gobierno en el modelo austriaco. En concreto, en el modelo austriaco el programa cuenta con un presupuesto total de 254 millones de euros, de los cuales 130 millones provienen del fondo europeo «NextGenera-

tienen como objetivo incentivar la reparación de un bien deteriorado o estropeado una vez vencido el plazo de garantía legal de conformidad o comercial de durabilidad, en lugar de sustituirlo mediante la compra de un bien nuevo, prolongando su vida útil y contribuyendo a un modelo de economía circular. A este sistema de financiación parcial de reparaciones, decreciente en el tiempo y limitado a un plazo de cuatro años posteriores al fin de la garantía legal o comercial del producto, contribuirán los propios productores y, en su caso, los representantes autorizados, importadores o comercializadores. Esto implicará un aumento del precio de los productos.

Así pues, para fomentar la reparación de bienes se diseña un sistema de bonos que cubra una parte del coste de la misma durante un periodo determinado posterior a la finalización del periodo de garantía legal de conformidad o comercial.

Como se señala en la MAIN del Anteproyecto⁹², «se ha optado por una financiación de, al menos, el 20 por 100 del precio de la reparación final, decreciente en el tiempo hasta el 5 por 100 en el cuarto año, que se reflejaría directamente en la factura recibida por el cliente, así como la posibilidad de que se aplique sobre cualquier reparación de productos incluida en el Anexo II de la Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024 llevada a cabo por parte de reparadores registrados en la Plataforma europea en línea. [...] No obstante, y en aras de evitar potenciales desviaciones del fin perseguido por este sistema de financiación, el reparador deberá velar por que la característica del defecto del producto se deba a un uso ordinario y previsible del mismo. En cuanto el montante total de la financiación, se han tenido en cuenta elementos económicos tanto en relación con la producción como con el desembolso de las familias. Por una parte, es preciso tener en cuenta que, en la aplicación de la normativa actualmente vigente, por la que, en plazo de garantía legal de los productos una empresa solo puede negarse a reparar un producto en lugar de sustituirlo cuando la reparación sea imposible o el coste de esta sea desproporcionado (art. 118 del TRLGDCU), se suele utilizar la regla del 50 por 100, por la que, si la reparación cuesta más del 50 por 100 del valor de un producto nuevo, la misma se considera desproporcionada».

Este sistema se aplicará en ausencia de una garantía comercial contractual que cubra las potenciales faltas de conformidad de forma

tionEU», destinado a la recuperación post-COVID-19. Los 124 millones restantes son aportados por el gobierno federal austriaco.

El Anteproyecto español apuesta el modelo de financiación privada, «puesto que, de forma adicional a los efectos directos sobre la economía de las familias, genera incentivos empresariales a la fabricación de productos más duraderos o sencillos de reparar. Asimismo, tiene una vocación de permanencia en el tiempo que no tienen otros modelos de financiación vinculados a programas concretos temporales» (MAIN ANTEPROYECTO, p. 22).

⁹² MAIN ANTEPROYECTO, *loc. cit.*, p. 22.

posterior al plazo de garantía legal o, cuando el esquema de financiación fijado en este artículo se prolongue más allá del plazo de garantía comercial, por el plazo que medie entre uno y otro. Para beneficiarse de esta reducción o cofinanciación de las reparaciones, las personas consumidoras deberán acudir a un reparador inscrito en la Plataforma europea en línea de reparaciones, que deberá garantizar que la reparación no se debe a un uso fraudulento del producto.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU RAVENTÓS, L. y GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *ADC*, tomo LXXVI, fasc I, 2023, pp. 75-126.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «The Implementation of the UE Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *EuCML*, 1, 2022, pp. 35-40.
- AVILÉS GARCÍA, J., *Hacia un consumo sostenible. Compraventas de bienes, suministros digitales y nuevas medidas legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025.
- BARBER CÁRCAMO, R., «Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?», *RDC*, vol. IX, núm. 2 (abril-junio, 2022), Estudios, pp. 141-186.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S., «Novedades en materia de información precontractual a la luz de la nueva Directiva sobre empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica», *CESCO*, 18 marzo 24, pp. 1-18.
- BUENO BIOT, A., «La conformidad objetiva en los contenidos y servicios digitales: estándares legales y garantías del consumidor», *RDC*, 1, 2025, pp. 185-237.
- CARRASCO PERERA, A., «La banalidad del “fomento de la reparación de los bienes” en la propuesta de reforma de la Directiva 771/2019, de compraventa de bienes de consumo», *CESCO*, 14 julio 2023, pp 1-5.
- CARRETERO GARCÍA, A., «Directiva (UE) 2024/1799: La articulación comunitaria de un “derecho a la reparación de bienes” que deja mucho que desear», *Revista CECO de Derecho de consumo*, n. 52, 2024. Pp. 1-44.
- CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su trasposición por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- CATERINI, E., *Sostenibilidad y ordenamiento civil. Para una reintroducción de la cuestión social*, Nápoles, 2018.
- CORTÉS LÓPEZ, H.F., «La obligación de reparar en la propuesta de Directiva (UE) 2023/0083», *Actualidad civil*, n. 3, Sección personas y Derechos, marzo 2024, *La Ley* 11272/2024, pp. 1-19.
- D'ONOFRIO, M., «“Gerarchia” dei rimedi e prescrizione nella vendita di beni di consumo», *I Contratti*, n. 5, 2018.
- DE FRANCESCHI, A., *La vendita di beni con elementi digitali*, Nápoles, 2019.
- GARCÍA GOLDAR, M. «Propuestas para garantizar modalidades de consumo y productos sostenibles (ODS 12)», *Revista de fomento social*, n. 76/1, 2021, pp. 91-114.

- GARCÍA TERUEL, R.M., «El nou dret europeu a la reparació: propostes per a Catalunya», Institut de Dret privat europeu i comparat. Universitat de Girona (Coord.), *El Dret civil català davant la transformació digital i les exigències de la sostenibilitat*, Documenta Universitaria, Girona, 2025, pp. 257-296.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., «La propuesta de Directiva para promover la reparación de bienes de consumo», en Veiga Copo y Pazos Castro, *La reforma francesa de los contratos especiales. Estudios a propósito del proyecto de la Comisión Philippe Stoffel-Munck*, Madrid, Civitas, 2024, pp. 527-549.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Comentario al art. 12 LOCM, ALONSO ESPINOSA, LÓPEZ PELLICER, MASSAGUER FUENTES Y REVERTE NAVARRO (Coords.), *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1999.
- IZQUIERDO GRAU, G., «La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular», *InDret* 2.2023, pp. 254-291.
- IZQUIERDO GRAU, G., «Contrato para la prestación de servicios de reparación», *Revista de Derecho Patrimonial*, 62, septiembre-diciembre 2023, pp. 153-174.
- MAK, V., Y TERRY, E., «Circular Economy and Consumer Protection The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, n. 43, 2019, pp. 227-248.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., «Hacia una regulación europea sobre la reparación de bienes de consumo: la propuesta de directiva de 22 de marzo de 2023», *CESCO*, 12 mayo 2023, pp. 1-14.
- MARÍN LÓPEZ, J. M., «La reforma de la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes de consumo, contenida en la Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», *CESCO*, 2 junio 2023, pp. 1-7.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El derecho a reparar el bien regulado en la Directiva 2024/1799, de 13 de junio, ¿Un nuevo derecho para el consumidor?», *Actualidad civil*, n. 11, Sección Persona y derechos, noviembre 2024, La ley 29880/2024, pp. 1-12.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., «La “reparabilidad” como elemento para juzgar la conformidad del bien vendido con el contrato: en nuevo artículo 7.1d) de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, de contratos de compraventa de bienes», *CESCO*, 4 enero 2025, p. 1-9.
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, CONSUMO Y AGENDA 2030, *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de consumo sostenible*.
- MORAIS CARVALHO, J., «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», ARROYO AMAYUELAS Y CAMARA LAPUENTE (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 31-48.
- MORALES MORENO, A.M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, tomo LXV, fasc. I, 2012, pp. 5-28.
- MUÑOZ RODRIGO, G. *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- PARRA LUCÁN, M.A., Comentario al art. 12 LOCM, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y LEGUINA VILLA, (Coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, 1997.
- TAPIA FRAILE, M.J., «¿Comprar o reparar?: Reflexiones acerca de los mecanismos jurídicos para combatir la obsolescencia programada», *Revista de ciencias sociales*, n. 84, 2024, pp. 169-197.

- TORRELLES TORREA, E., «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2023), vol. 15, n. 1, pp. 846-878.
- VECINA AZNAR, A., «Un análisis crítico de las principales novedades en materia de reparación de bienes de consumo introducidas por la Directiva 2024/1799», *CESCO*, 12 noviembre 2024, p. 1-9.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 229-252
DOI: 10.37417/VSECC/08
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

MEDIR LA SOSTENIBILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UNA PERSPECTIVA DE DERECHO PRIVADO

Maria Cristina GAETA

*Investigadora posdoctoral titulada como profesora asociada
en Derecho Privado*

*Coordinadora de la secretaría científica y de las relaciones externas
del Research Centre in European Private Law (ReCEPL)*

Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (Nápoles)

Abogada especializada en Derecho civil

SUMARIO: 1. UNA INTRODUCCIÓN SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.— 2. MEDIR LA SOSTENIBILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL ROL DE LOS FACTORES ESG EN LA REGULACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD.— 3. INSTRUMENTOS PREVENTIVOS DE DERECHO PRIVADO PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD.— 4. CÓMO PROMOVER EL DESARROLLO DE UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SOSTENIBLE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1. UNA INTRODUCCIÓN SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Las nuevas tecnologías no pueden considerarse intrínsecamente positivas o negativas, sino que es el uso que se hace de ellas lo que determina su impacto, y esto se aplica también, sobre todo, a los sistemas de inteligencia artificial (IA). Por lo tanto, parece fundamental garantizar el desarrollo de una IA sostenible (*Sustainable AI*), entendida tanto como IA utilizada de forma ética y responsable (*Sustainability of AI*), como IA capaz de perseguir objetivos de sostenibilidad (*AI for Sus-*

tainability), pudiendo ser ella misma un instrumento de sostenibilidad o un instrumento utilizado para conseguir la sostenibilidad¹.

En el contexto de la protección del medio ambiente y con vistas a la protección de las generaciones futuras, por ejemplo, la IA puede utilizarse para optimizar los procesos industriales y reducir el desperdicio de energía, es decir, puede ser una herramienta valiosa para mejorar la eficiencia de los recursos y la producción de energía a partir de fuentes renovables. La IA también permite desarrollar sistemas de monitorización medioambiental más eficaces y precisos gracias a sus modelos de análisis, capaces de tener en cuenta y combinar un gran número de factores para ofrecer una imagen mucho más precisa de la situación climática actual, incluso con un índice de predictibilidad bastante preciso de las perspectivas futuras basadas en el estado actual de la técnica. Esto permite reducir el impacto medioambiental de las actividades humanas y promover prácticas concretamente ecosostenibles, garantizando un enfoque protector de los derechos humanos protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza)² de mayor relevancia en este contexto y previstos también en la Constitución, el Código Civil y las leyes especiales italianas: la dignidad humana (art. 1), la igualdad y la no discriminación (arts. 20 y 21), la salud (art. 35), la protección del medio ambiente (art. 37), pero también la propiedad (art. 17), la protección de los consumidores (art. 38) y la privacidad (arts. 7 y 8). Por lo tanto, estos derechos fundamentales deben reinterpretarse para responder a las necesidades de las generaciones presentes y futuras, a la luz del concepto de sostenibilidad —desarrollado también a nivel europeo— en primer lugar, medioambiental, y definirse, así como *derechos verdes*³.

¹ Desarrollar una IA sostenible significa desarrollar una IA que sea compatible con la protección de los recursos medioambientales para las generaciones actuales y futuras, así como con los modelos económicos de las sociedades y con los valores sociales fundamentales para una sociedad determinada. De hecho, la inteligencia artificial sostenible implica hoy en día un funcionamiento responsable de las tecnologías de IA, con especial atención al plano medioambiental, social y económico. Al mismo tiempo, sin embargo, desarrollar una IA sostenible también implica utilizar la IA como herramienta para abordar directamente los retos medioambientales, sociales y económicos. Su objetivo es garantizar la sostenibilidad, por ejemplo, poniendo remedio al cambio climático, previniendo una mejor gestión de las materias primas, imponiendo opciones no discriminatorias en el plano social y garantizando una mejor asignación de los recursos económicos. Véase A. VAN WYNSBERGHE, «Sustainable AI: AI for sustainability and the sustainability of AI», en *AI and Ethics*, 1, 2021, pp. 214-215, DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-021-00043-6>.

² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01 (Carta de Niza).

³ El concepto de *green rights* se ha desarrollado a lo largo de los tres años (2022-2025) del proyecto de la Cátedra Jean Monnet «*European Green rights: reshaping fundamental rights for next generations*» (EUGREENEXT) de la Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (UNISOB), *Chair holder* Prof.ssa Ilaria A. Caggiano, *Module Leader* Ph.D. Avv. Maria Cristina Gaeta, 2022-2025, concurso ERASMUS-JMO-2021- HEI-TCH-RSCH, número del proyecto núm. 101047962. www.eugreenext.eu.

Es de fundamental importancia establecer el ámbito de actuación de la inteligencia artificial para evitar (o, en cierta medida, limitar) su impacto negativo en el medio ambiente, por ejemplo, debido a la denominada contaminación digital (*digital pollution*)⁴, que está estrechamente relacionada con la huella ecológica de cada individuo (*ecological footprint*)⁵. El calentamiento global debido al consumo de energía eléctrica, también relacionado con el uso de las nuevas tecnologías, la dificultad de eliminación de algunas fuentes de energía, como las baterías de litio, o las emisiones de CO y otros gases de efecto invernadero por el uso de determinados productos, son solo algunos de los ejemplos relacionados con la contaminación ambiental causada por las tecnologías de IA.

No hay que olvidar, además, el impacto que la IA puede tener en los derechos y libertades fundamentales del ser humano, como en el caso de la violación de la libertad personal derivada de la vigilancia sistemática y a gran escala, o de las decisiones automatizadas potencialmente discriminatorias para el consumidor, que implican un impacto evidente en la sociedad.

Por último, tampoco hay que subestimar los aspectos de sostenibilidad económica de la IA, que se basan en la necesidad de garantizar que los beneficios económicos se distribuyan de manera equitativa entre todas las personas y comunidades a nivel mundial, en función de las necesidades actuales, pero sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas. Esto requiere una inversión financiera ponderada y equilibrada, que tenga en cuenta el crecimiento económico a largo plazo y el uso eficiente de los recursos para maximizar los beneficios económicos. Así, el concepto de sostenibilidad se

⁴ Por contaminación digital se entiende el conjunto de daños medioambientales causados por el uso y el consumo energético de las tecnologías digitales (por ejemplo, *smartphone*, *computer*, *server* e infraestructuras de red), en primer lugar las que entran en el ámbito del Internet de las cosas (*Internet of Things* - IoT), que emiten grandes cantidades de CO y otros gases de efecto invernadero a la atmósfera, dejando una huella evidente del nivel de contaminación causado por las tecnologías digitales.

⁵ Para las empresas, la huella de carbono (*Carbon Footprint*) es especialmente significativa, ya que tiene en cuenta las emisiones directas e indirectas de gases de efecto invernadero de las que es responsable la empresa. La *carbon footprint* es un indicador medioambiental que mide el impacto de las actividades humanas en el clima global y expresa de forma cuantitativa los efectos de las emisiones de gases de efecto invernadero producidas por una organización, un producto o un servicio. En este sentido, H. FERREBOEUF *et al.*, «Lean ICT - towards digital sobriety», en *Informe del grupo de trabajo del think tank «The shift project»*, 17 de marzo 2019, estimaron que el 4 por 100 de las emisiones son producidas por las tecnologías digitales, mientras que en el estudio de C. FREITAG, M. BERNERS-LEE, K. WIDDICK *et al.*, «The real climate and transformative impact of ICT: A critique of estimates, trends, and regulations», en *Patterns*, 2(9), 2021, pp. 1-2, se estimaron valores comprendidos entre el 1,8 por 100 y el 2,8 por 100 de las emisiones producidas por la tecnología digital. A pesar de la discrepancia de los valores, en ambos estudios se pone de relieve el fenómeno de la contaminación digital y cómo está destinado a aumentar.

vuelve esencial no solo para la protección del medio ambiente, sino también directamente desde el punto de vista social (sostenibilidad social) y económico (sostenibilidad económica).

Por lo tanto, la IA debe regularse adecuadamente para garantizar una innovación sostenible, también mediante instrumentos preventivos, y en esta dirección avanza la Ley de IA⁶, aunque con sus dificultades de aplicación. Promover prácticas responsables —desde el diseño y la implementación hasta la gestión de los sistemas basados en la IA, tanto como producto de la actividad empresarial como instrumento para su desarrollo— es esencial para garantizar la protección de las generaciones futuras, también en lo que respecta al desarrollo tecnológico, poniendo las tecnologías de IA al servicio del ser humano y de su bienestar.

2. MEDIR LA SOSTENIBILIDAD LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL ROL DE LOS FACTORES ESG EN LA REGULACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD

El concepto de desarrollo sostenible parece remontarse a 1987, cuando la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMA) utilizó el término en el Informe Brundtland, titulado «*Our Common Future*»⁷. Según la Comisión, por «sostenibilidad» se entiende la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin perjudicar las de las generaciones futuras. Este concepto gira en torno a dos puntos fundamentales: la equidad intrageneracional, es decir, la necesidad de satisfacer las necesidades del mundo pobre, mejorando sus condiciones, y la equidad intergeneracional, que se traduce en la oportunidad de limitar la explotación del medio ambiente para evitar perjudicar a las generaciones futuras.

Así definido, el desarrollo sostenible encuentra su primera aplicación en relación con la sostenibilidad medioambiental y, en concreto, con la importancia de proteger el medio ambiente para que también puedan disfrutarlo las generaciones futuras. Este principio también se ha expresado en la Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones presentes hacia las generaciones futuras de la UNESCO, firmada en

⁶ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, Reg. 2024/1689/UE, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos núm. 300/2008/UE, núm.º 167/2013/UE y núm. 168/2013/UE, y las Directivas núm. 2018/858/UE, núm. 2018/1139/UE y núm. 2019/2144/UE. 2018/858/UE, núm. 2018/1139/UE y n.º 2019/2144/UE, y las Directivas núm. 2014/90/UE, núm. 2016/797/UE y núm. 2020/1828/UE (Reglamento sobre inteligencia artificial – *Artificial Intelligence Act*, abreviada «AIA»).

⁷ Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (siglas en inglés WCED), *Our Common Future* (Nuestro futuro común), 1987.

París diez años después (12 de noviembre de 1997)⁸. La Declaración de la UNESCO subraya, en efecto, la responsabilidad de las generaciones presentes de transmitir a las futuras una Tierra que no haya sido irremediablemente dañada por la actividad humana, utilizando los recursos naturales de manera razonable (art. 4). Al mismo tiempo, la Declaración invita a las generaciones actuales a comprometerse con un «desarrollo sostenible» y a preservar las condiciones de vida y, en particular, la calidad y la integridad del medio ambiente, a fin de que las generaciones futuras no estén expuestas a niveles excesivos de contaminación y, en general, a daños ambientales que pongan en peligro su salud o incluso su vida (art. 5). La Declaración, en particular, invita a preservar para las generaciones futuras los recursos naturales necesarios para el mantenimiento de la vida y su desarrollo, así como a tener en cuenta las posibles consecuencias de sus acciones para las generaciones futuras (art. 5).

En esta definición de sostenibilidad, destaca en primer plano para las instituciones internacionales y europeas la eco-sostenibilidad, desde la perspectiva de la protección medioambiental. Esta está regulada por una normativa «verde» multinivel (europea e internacional, en primer lugar, y luego nacional), compuesta por diferentes tipos de actos normativos: no solo *hard law* (actos normativos vinculantes), sino también *soft law* (desde directrices hasta códigos de conducta)⁹, además de normas técnicas precisas (en particular, los estándares).

En esta perspectiva, las Conferencias de las Partes (COP) que ratiﬁcaron la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁰ han asumido un papel cada vez más importante en el debate

⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras*, París, 12 de noviembre de 1997.

⁹ En lo que respecta a la regulación de las nuevas tecnologías desde una perspectiva de sostenibilidad medioambiental, una regulación eficaz del Derecho privado también debería tener en cuenta los principios éticos, que pueden estar contenidos en normas *de derecho indicativo* con una importante función orientadora para *las partes interesadas*, aunque no bastan por sí solas para regular completamente un fenómeno que requiere normas vinculantes. Véase M.L. GAMBINI, *Algoritmi e sicurezza*, en *Giur. It.*, 7, 2019, p. 1657, que subraya que el *soft law* no parece suficiente, ya que su eficacia depende de la adaptación espontánea de los operadores. Para una visión general de la eficacia de las normas de *soft law* y su ubicación en las fuentes del derecho, véase A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Nápoles, ES, 2023, pp. 42 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, «L'età digitale come «età dei diritti»: un'utopia ancora possibile?», en *Federalismi.it*, 16, 2019, p. 10; A. IANNOTTI DELLA VALLE, «La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il «modello» dell'Oversight Board di Facebook», en *Federalismi.it*, 26, 2021, pp. 144 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padua, CEDAM, 2008; A. SOMMA (cargo), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Turin, Giappichelli, 2009. Para profundizar en «El papel de las directrices en materia medioambiental», véase C. INGENITO en *Rivista Giuridica Ambiente Diritto*, III, 2019, pp. 6 ss.

¹⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC o FCCC), también conocida como Acuerdos de Río, del 1992.

internacional sobre la lucha contra el cambio climático, a partir de la adopción, en 2015, de un acuerdo universal y jurídicamente vinculante sobre el clima durante la COP21 (Acuerdo de París)¹¹, renovado posteriormente con el «Pacto por el clima», durante la COP26 de Glasgow en 2021¹², recientemente cuestionado en los Estados Unidos de América¹³.

Por otra parte, la Unión Europea también ha estado siempre activa en todos los ámbitos de la política medioambiental y de desarrollo sostenible, basando su estrategia en los principios de precaución, acción preventiva y corrección en origen de los daños causados por la contaminación, así como en el principio de «quien contamina paga». El fundamento jurídico correspondiente se encuentra en los arts. 11 y 191 a 193 del TFUE. Recientemente, la UE ha emprendido una vía destinada a reducir el impacto medioambiental para alcanzar, de aquí a 2050, el denominado «*Net Zero*»: un escenario de economía con cero emisiones netas de gases de efecto invernadero, basado en un mecanismo de compensación que neutralice cada emisión producida. En este contexto de iniciativa europea se inscribe en 2019 el Pacto Verde Europeo (*Green Deal* europeo)¹⁴, que tiene por objeto lograr una coexistencia fructífera entre el desarrollo económico y social, así como la neutralidad climática, mediante una estrategia de inversión en tecnologías verdes, soluciones sostenibles y respetuosas con el medio ambiente, que debe equilibrarse con la actividad empresarial. Siguiendo los principios del Pacto Verde y para su aplicación, la asunción de deuda común ha

¹¹ Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21 de la CMNUCC), Acuerdo de París de 12.12.2015.

¹² Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21 de la CMNUCC), Pacto por el Clima de Glasgow (*Glasgow Climate Pact*) de 13.11.2021.

¹³ Cabe destacar que, desde su victoria en las elecciones presidenciales de Estados Unidos en noviembre de 2024, Donald Trump está considerando la posibilidad de retirar a Estados Unidos del Acuerdo de París y que ya se está preparando el decreto ejecutivo para abandonar el Acuerdo. El recién reelegido presidente ha declarado que quiere promover la expansión de los combustibles fósiles y, en este sentido, parece querer renunciar al *leadership* estadounidense en materia de protección del medio ambiente, entrando en conflicto con los principios del Pacto Verde Europeo: D. GELLES, «Trump Whiplash Looms Over Global Climate Talks», en *The New York Times*, 7 de noviembre 2024, disponible en el siguiente enlace: <https://www.nytimes.com/2024/11/07/climate/trump-climate-cop-negotiations.html> (última consulta realizada el 16 de octubre de 2025).

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El Pacto Verde Europeo*, 11.12.2019, com(2019) 640. En la misma línea de garantizar e implementar la sostenibilidad, se mueve la «Nueva Bauhaus Europea», una iniciativa europea destinada a desarrollar un movimiento creativo e interdisciplinario que conecte el *Green Deal* Europeo con la vida cotidiana de los ciudadanos de la UE con el fin de hacer la vida más accesible (también económicamente), repensar una forma de vida sostenible, mejorar la calidad de la experiencia de vida de los ciudadanos europeos e incentivar la innovación en este ámbito. Para más información sobre la gobernanza de la sostenibilidad y sus costes, también en relación con el «Nuevo Bauhaus Europeo», véase M. FRANCESCA, «Tre appunti in materia di sostenibilità, welfare e Bauhaus europeo», en *EJPLT*, 2, 2024, pp. 5-7. Para más detalles sobre la «Nueva Bauhaus Europea», véase la página oficial de la Comisión Europea: <https://culture.ec.europa.eu/it/node/1181>.

permitido establecer el denominado *Plan de Recuperación* de la Unión Europea (*Next Generation EU* - NGEU)¹⁵, que hace de la transición ecológica uno de sus pilares. El NGEU, como es sabido, se ha aplicado en Italia con el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (*Piano Nazionale di ripresa e resilienza* - PNRR) de 2021¹⁶, que tiene entre sus misiones la revolución verde y la transición ecológica (Misión 2). El PNRR representa un punto de inflexión y ya es un hito en el camino hacia la protección del medio ambiente desde una perspectiva sostenible, en la dirección ya marcada a nivel europeo. Además, la actual crisis energética plantea nuevos retos que deben abordarse acelerando aún más los objetivos de transición ecológica y, en este sentido, el plan *RePowerEU* de 2022¹⁷ adquiere una importancia estratégica.

En el contexto de protección medioambiental descrito anteriormente, la Comisión Europea adoptó en julio de 2021 el *Fit for 55*, un paquete de reformas y reglamentos económicos y sociales que forma parte integrante del Pacto Verde Europeo y que, para 2030, se propone reducir las emisiones en un 55 por 100 con respecto a los niveles de 1990, para luego alcanzar el objetivo de cero emisiones netas para 2050. En relación con la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, también es especialmente relevante la comunicación europea «Objetivo 55 para el 2030»¹⁸. La comunicación contiene un paquete de propuestas interrelacionadas y describe las medidas elegidas destacando cómo el paquete logra el equilibrio entre la equidad, la reducción de las emisiones y la competitividad¹⁹.

Pasando ahora a la reciente legislación *vinculante*, la *European Climate Law* (Reglamento 2021/1119/UE)²⁰ traduce en normas regla-

¹⁵ *Next Generation EU* (NGEU), propuesto por la Comisión Europea el 27 de mayo de 2020 y aprobado por el Consejo en su reunión extraordinaria del 21 de julio de 2020, EUCO 10/20.

¹⁶ Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR) de la Italia, aprobado definitivamente en Italia el 13.07.2021, tras la decisión de ejecución del Consejo de la Unión Europea de 6.07.2021, n° 10160/2.

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan REPowerEU*, 18.5.2022, COM(2022)230 final.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Objetivo 55»: *cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática*, 14.07.2021, COM(2021)550.

¹⁹ Estos objetivos, establecidos en el programa «Fit for 55», han sido reafirmados recientemente por Ursula von der Leyen, en su discurso de investidura tras su reelección como presidenta de la Comisión Europea, en el marco de los objetivos del Pacto Verde, anunciando, sin embargo, un cambio de enfoque: la consecución de la neutralidad climática se promoverá apostando más por tecnologías innovadoras como los combustibles sintéticos (*E-fuel*) para alcanzar el objetivo de reducir las emisiones de CO₂ en un 100 por 100 para 2035.

²⁰ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, Reg. 2021/1119/UE, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núms. 401/2009 y (UE) 2018/1999 (Legislación europea sobre el clima, en inglés *European Climate Law*).

mentarias el objetivo europeo de alcanzar la neutralidad climática para 2050. Se trata de un objetivo nuevo y más ambicioso que el que se había fijado inicialmente para 2030 en el Reglamento 2018/1999/UE²¹ y, sobre todo, en el Reglamento 2018/842/UE²² (reducción de al menos el 40 por 100 de las emisiones en 2030, con respecto a los valores de 1990)²³. En concreto, el Reglamento 2018/1999/UE se ha incorporado en Italia en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC)²⁴, que define la política energética y climática del país a largo plazo. Este plan ofrece una visión estratégica para la transición energética y la acción por el clima, identificando los objetivos, las políticas y las medidas necesarias.

Como se ha señalado, el concepto de protección del medio ambiente parece fundamental para la UE, que con múltiples políticas y reglamentos tiene como objetivo proteger el medio ambiente. El reciente Reglamento 2024/1991/UE²⁵ sobre la restauración de la naturaleza demuestra también la gran atención que Europa presta a la sostenibilidad medioambiental.

²¹ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, reg. 2018/1999/UE, del 11 de diciembre 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y la Acción por el clima, y por el que se modifican los los Reglamentos 663/2009/CE y 715/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas del Consejo 2009/119/CE y 2015/652/UE y que deroga el Reglamento 525/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

²² Reglamento 2018/842/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 30.05.2018, relativo a las reducciones anuales obligatorias de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros durante el período 2021-2030 como contribución a la acción por el clima para cumplir los compromisos contraídos en virtud del Acuerdo de París y por el que se modifica el Reglamento 525/2013/UE.

²³ La normativa europea que regula el sector de la energía desde la perspectiva de la sostenibilidad es bastante consistente: la Directiva 2018/2001/UE (RED II, incorporada en Italia por el Decreto Legislativo n.º 199, de 8 de noviembre de 2021) sobre la promoción del uso de la energía procedente de fuentes renovables, la Directiva 2018/2002/UE sobre eficiencia energética (incorporada al ordenamiento jurídico italiano mediante el Decreto Legislativo núm. 73, de 14 de julio de 2020); la Directiva 2018/844/UE (Directiva sobre el rendimiento energético de los edificios, EPBD, incorporada en Italia mediante el Decreto Legislativo 10.06.2020, núm. 48 y actualmente complementada por la nueva Directiva sobre la eficiencia energética en los edificios 2024/1275/UE), que modifica la Directiva 2010/31/UE sobre la eficiencia energética en los edificios y la Directiva 2012/27/UE sobre la eficiencia energética; el Reglamento 2019/941/UE sobre la preparación ante riesgos en el sector de la electricidad y el Reglamento 2019/943/UE sobre el mercado interior de la electricidad; la Directiva 2019/944/UE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE y el Reglamento 2019/942/UE (incorporado en Italia con el Decreto Legislativo 8.11. 2021, núm. 210) por la que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores Nacionales de la Energía (ACER).

²⁴ Ministerio Italiano de Desarrollo Económico, Ministerio de Medio Ambiente y Protección del Territorio y del Mar, Ministerio de Infraestructuras y Transportes, Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC), diciembre de 2019.

²⁵ Reglamento 2024/1991/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2024, sobre la restauración de la naturaleza, por el que se modifica el Reglamento 2022/869/UE.

Sin embargo, en Italia también es fundamental la cuestión de la protección del medio ambiente. Los principios fundamentales de la protección del medio ambiente están ahora expresamente consagrados en la Constitución y regulados desde hace tiempo por el Testo Unico Ambiente (D.Lgs. 3 abril 2006, n. 152²⁶), como el principio de prevención del art. 3-ter del Código del Medio Ambiente y el principio de desarrollo sostenible, recogido en el artículo 3-quater.

Por último, en cuanto a los objetivos de descarbonización, el Informe Draghi de septiembre de 2024 destaca que precisamente la descarbonización, junto con, entre otras cosas, la digitalización y la IA, constituye uno de los principales impulsos de la competitividad europea y la sostenibilidad medioambiental y, por lo tanto, debe representar una de las prioridades de la acción de la Unión Europea, en la que conviene centrarse, dejando otras materias a las legislaciones nacionales, de acuerdo con una aplicación más rigurosa del principio de subsidiariedad²⁷.

Sin embargo, a lo largo de los años, este concepto de sostenibilidad, inicialmente vinculado estrechamente al de protección del medio ambiente, se ha ido ampliando cada vez más, hasta entenderse ahora como un proceso socioecológico caracterizado por el deseo de perseguir un ideal común: no solo la protección del medio ambiente, sino también de la sociedad y del desarrollo económico, en interés de la colectividad presente y futura para la protección de los derechos humanos.

En este contexto, se está desarrollando a nivel normativo internacional y europeo un concepto de sostenibilidad con múltiples matices. De gran relevancia a nivel internacional son los Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas²⁸, que desde hace tiempo invitan a las empresas de todo el mundo a adoptar políticas sostenibles, respetando los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción, en aplicación de las diferentes vertientes de la sostenibilidad. Se trata de una iniciativa de

²⁶ Decreto Legislativo italiano de 3 de abril de 2006, núm. 152, sobre Normas en materia medioambiental (Texto Único sobre Medio Ambiente, TUA).

²⁷ M. DRAGHI, «The future of European competitiveness», parte B, 2024, p. 310: «*EU policy and legislative action should refocus on domains where the EU truly has greater added value compared to national or subnational policy action, in line with the subsidiarity principle. Contemporary challenges require collective reflection on where the EU can have greatest added value through collective action, and how to act in these areas in the most efficient and effective way. Examples include ensuring a secure, decarbonised and affordable energy supply under a true Energy Union, or boosting digitalisation and the development, deployment and adoption of advanced digital technologies in the EU – in particular, AI*».

²⁸ Los diez principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas están disponibles en el sitio web oficial de UN Global Compact en el siguiente enlace: <https://www.globalcompactnetwork.org/it/il-global-compact-ita/i-dieci-principi/introduzione/2-i-dieci-principi.html> (última consulta realizada el 16 de octubre de 2025).

especial relevancia, aunque no se pueden descartar fenómenos de «*sustainability washing*»²⁹.

Además, con la ratificación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas³⁰, firmada en septiembre de 2015 por Italia y los gobiernos de otros 192 países, la comunidad internacional ha expresado claramente su opinión sobre la insostenibilidad de un modelo de desarrollo basado únicamente en objetivos económicos y que no tiene en cuenta los objetivos medioambientales y sociales. La Agenda 2030 y los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS (en inglés *Sustainable Development Goals* - SDGs) que se derivan de ella constituyen un gran reto para los países de todo el mundo. Estos objetivos representan hoy en día un punto de referencia fundamental para la elaboración del balance de sostenibilidad, evolución del balance social, entendido generalmente como *un informe* de carácter no financiero y voluntario.

Más recientes son las normativas europeas sobre políticas de sostenibilidad en el ámbito de la responsabilidad social corporativa (RSC), también conocida con el término inglés *Corporate Social Responsibility* (CSR). En este contexto surge la Directiva sobre información corporativa en materia de Sostenibilidad (CSRD, por sus siglas en inglés) (Directiva 2022/2464/UE, implementada en Italia con el D.Lgs. 6 septiembre 2024, núm. 125)³¹, que impone a las empresas cotizadas y a las de gran tamaño la obligación de certificar la información comunicada sobre sostenibilidad, el establecimiento de requisitos más detallados y estandarizados sobre la información que deben comunicar, así como una mejor accesibilidad de la información, imponiendo su publicación en una sección específica de los informes de gestión elaborados por las empresas.

Muy reciente es también la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (Directiva 2024/1760/UE -

²⁹ El término «*sustainability washing*» es una evolución del ya conocido fenómeno del «*greewashing*» y se utiliza en referencia al desarrollo de políticas de sostenibilidad aparente destinadas a engañar a las autoridades competentes, los proveedores y los consumidores y modificar sus decisiones de compra, especialmente en lo que se refiere a los balances de sostenibilidad. Véase M. ZIOLO, I. BAK, A. SPOZM, «Literature review of greenwashing research: State of the art», en *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 31 (3), 2024, pp. 5343-5356, DOI: <https://doi.org/10.1002/csr.2842>; S.V. DE FREITAS NETTO, M.F. FALCÃO SOBRAL, A.R. BEZERRA RIBEIRO, G.R. DA LUZ SOARES, *Concepts and forms of greenwashing: a systematic review*, en *Environmental Sciences Europe*, 32(19), 2020, pp. 1 - 12, DOI: <https://doi.org/10.1186/s12302-020-0300-3>.

³⁰ Los objetivos de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas están disponibles en el sitio web oficial de las Naciones Unidas en el siguiente enlace: <https://unric.org/it/agenda-2030/>.

³¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2022/2464/UE, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento 537/2014/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Directiva sobre información corporativa en materia de Sostenibilidad (en inglés *Corporate Sustainability Reporting Directive* - CSRD).

siglas en inglés CSDDD³²), que sigue a la Resolución del Parlamento Europeo de 2021 sobre la diligencia y la responsabilidad de las empresas³³. Partiendo de la propuesta del Pacto Verde, su objetivo es que las grandes empresas europeas sean más responsables de las violaciones de los derechos humanos y los daños medioambientales causados por sus actividades en Europa y fuera de ella.

En este contexto, han comenzado a aplicarse cada vez más los mecanismos de certificación de la ecosostenibilidad, a partir también de la Taxonomía de la UE (Reglamento 2020/852/UE)³⁴. En Italia, el Decreto Ley 31.05.2021, núm. 77, convertido en Ley 29.07.2021, núm. 108, ha promulgado las Directrices para la redacción del proyecto de viabilidad técnica y económica (progetto di fattibilità tecnica ed economica - PFTE) que servirá de base para la adjudicación de contratos públicos de obras del PNRR y del PNC³⁵, destinadas a definir el contenido esencial de los documentos necesarios para que los poderes adjudicadores puedan adjudicar los contratos, teniendo en cuenta la taxonomía europea.

Sin embargo, a la mayor protección preventiva de los modelos de sostenibilidad empresarial se suma la creciente complejidad de las obligaciones correspondientes. Esto ha llevado a la Unión Europea a introducir cambios significativos en la normativa sobre sostenibilidad con el reciente «Paquete Omnibus», destinado a simplificar y agilizar la normativa de la UE, especialmente en el ámbito de la sostenibilidad. En particular, el Paquete Omnibus prevé la revisión de la normativa relativa a la información financiera sostenible, la diligencia debida en materia de sostenibilidad, la taxonomía de la UE y el mecanismo de ajuste del carbono en las fronteras. Este paquete también prevé una simplificación para las pequeñas y medianas empresas (siglas en inglés SMEs), con una propuesta de excluir de las obligaciones de información CSRD a todas las empresas con menos de mil empleados. Sin embargo, esta modificación no indica una menor importancia de la sostenibilidad para

³² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2024/1760/UE, de 13 de junio de 2024, sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva 2019/1937/UE y el Reglamento 2023/2859/UE (Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (en inglés *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* - CSDDD). Cabe señalar que la Comisión Europea en febrero de 2025 ha adoptado un nuevo paquete de propuestas para simplificar las normas de la UE (en particular CSRD y CSDDD), estimular la competitividad y liberar capacidad de inversión adicional: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_25_614

³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la diligencia debida y la responsabilidad corporativa [2020/2129(INL)].

³⁴ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, 2020/852/UE, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento 2019/2088/UE (en inglés, *EU Taxonomy*).

³⁵ Consejo Superior de Obras Públicas, Directrices para la redacción del proyecto de viabilidad técnica y económica que servirá de base para la adjudicación de contratos públicos de obras del PNRR y del PNC, julio de 2021.

las pymes, sino que introduce un instrumento diferente: la Norma de Información Voluntaria sobre Sostenibilidad para las Pymes, conocida por sus siglas VSME (*Voluntary Sustainability Reporting Standards for Non-Listed SMEs*), que tiene debidamente en cuenta la dimensión económica y social de las empresas y su impacto potencial.

En relación con la protección de la sostenibilidad, entendida no solo desde el punto de vista medioambiental, sino también social y económico, cobra cada vez más importancia el balance de sostenibilidad, elaborado también según los denominados factores ESG (*Environmental, Social, Governance*), tanto para el legislador, que tiende a regular en este sentido la actividad de las empresas³⁶, como para las propias empresas que pretenden basar sus estrategias industriales en paradigmas más modernos y competitivos, también en respuesta a controversias relacionadas con los derechos humanos y el cambio climático³⁷. Se trata de criterios que las empresas pueden optar por adoptar (tanto con fuentes de *hard law* como de *soft law*) orientando y coordinando el ejercicio de su actividad empresarial hacia el respeto de criterios como el compromiso medioambiental, los valores sociales y la precisión y transparencia de la estructura económico-organizativa.

Los factores ESG se encuentran ya entre los criterios más utilizados para determinar la puntuación de crédito social, en la que las tres categorías representadas por el acrónimo se utilizan para ilustrar el porcentaje de riesgo de una empresa para los inversores y las posibles partes interesadas (*stakeholders*)³⁸. Además, constituyen criterios de aplicación

³⁶ Para las obligaciones nacionales de elaboración del balance ESG, véase el Decreto Legislativo núm. 125/2024, por el que se transpone la Directiva 2024/2464/UE (CSRD).

³⁷ Para más información sobre las posibles soluciones jurídicas *a posteriori* en el ámbito de la responsabilidad civil por contaminación ambiental, véase M.C. GAETA, «Strumenti di diritto privato per la sostenibilità ambientale nell'industria automobilistica 4.0: un'analisi giuridico-ecodinamica», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 2023, pp. 2092-2099.

³⁸ Los factores ESG se utilizan como criterios para determinar la puntuación de crédito social y tienen en cuenta aspectos específicos incluidos en el acrónimo ESG. El aspecto «E» incluye la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático y se refleja, por ejemplo, en el uso de energías renovables y en la medición de las emisiones de gases de efecto invernadero, que es un efecto medioambiental directo producido por la empresa y que afecta a todo el ciclo de vida *del hardware*, desde la producción y el funcionamiento hasta la eliminación y el reciclaje de los dispositivos y las infraestructuras TIC. El aspecto «S», por su parte, es el del impacto social, que puede abarcar desde el teletrabajo para el *work-life balance*, hasta el *digital wellbeing*, que consiste en promover entre los trabajadores, los clientes y los usuarios un uso responsable y equilibrado de los productos digitales, pasando por *el empoderamiento digital* de proveedores y empleados. Por último, el aspecto «G» se centra en la gestión de los sistemas tecnológicos, también en términos de *ciberseguridad*, que a su vez incluye la *privacidad*, con diferentes grados y complejidades en función del tamaño y el sector de la empresa y de sus sistemas de tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Los factores ESG también se recogen en el Informe ESG con una lectura financiera de las intervenciones realizadas y los resultados obtenidos; como ejemplo de aplicación, véase F. LENOCI, «Il Bilancio di Sostenibilità 2023 del Gruppo Cerved concerne Cerved Group S.p.A. e le società consolidate con metodo integrale in coerenza con il Bilancio Consolidato di Gruppo», en *Amministrazione & Finanza*, 1, 2025, pp. III-XVI.

de normas imperativas para la protección de los trabajadores, el medio ambiente o la administración pública, que deben aplicarse, sin embargo, teniendo en cuenta el tamaño y la organización de la empresa.

3. INSTRUMENTOS PREVENTIVOS DE DERECHO PRIVADO PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD

Para garantizar una protección eficaz en el desarrollo de las nuevas tecnologías, es fundamental que los incentivos y las facilidades gubernamentales vayan acompañados de sólidos instrumentos normativos de Derecho privado. El Estado, por sí solo, no puede formular todas las facilidades económicas y sociales necesarias para la colectividad. En este sentido, la reinterpretación de instituciones fundamentales del derecho privado, como la subjetividad jurídica³⁹, y la adopción de estrategias empresariales innovadoras, como la Responsabilidad Digital Corporativa (RDC) y los denominados contratos verdes, pueden garantizar de manera más concreta el respeto de principios vinculantes, como el de prevención y desarrollo sostenible (arts. 3-ter y 3-quater del TUA).

La aplicación de herramientas preventivas es especialmente importante en el sector industrial, sobre todo para las empresas que utilizan tecnologías de IA tanto en la producción como en los productos finales. Aunque los sistemas de IA pueden ser rápidos y eficaces, conllevan riesgos de diversa índole: desde el aumento de la contaminación ambiental (la denominada contaminación digital y la dificultad de eliminación de materiales como las baterías de litio) hasta impactos sociales negativos (como la explotación de comunidades para la extracción de materias primas), pasando por costes en algunos casos muy elevados (como el precio de los automóviles, que ha aumentado exponencialmente en los últimos años). Por lo tanto, una gobernanza empresarial basada en criterios de *compliance* «desde el diseño» y «por defecto»⁴⁰ que integren

³⁹ Sobre la subjetividad jurídica y la sostenibilidad medioambiental, con especial atención a la calificación jurídica de la naturaleza en la dicotomía sujeto-objeto del derecho, permítanme remitirles a M.C. GAETA, «Intelligenza artificiale sostenibile e tutela dei *green rights*», en *EJPLT*, 2, 2024, pp. 147-171, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT242MCG>.

⁴⁰ Por «*compliance by design and by default*» se entiende el conjunto de procesos y procedimientos (incluido el diseño y la implementación de software tecnológico de IA para la producción o que se va a producir para su comercialización) que una empresa desarrolla para garantizar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y normativas aplicables a su sector de actividad. Esta organización empresarial debe preverse desde la fase inicial de la planificación de la producción (*by design*), tanto manual como automatizada, así como por defecto (*by default*), verificando así la aplicación de dichos procesos/procedimientos. Se trata de políticas desarrolladas por ahora en determinados contextos, como el de la privacidad o el sector bancario, pero cuya necesidad se percibe, en distintos grados, en todos los contextos empresariales. En lo que respecta al *cumplimiento* normativo empresarial, pensemos, por ejemplo, en el análisis Pest (*Political, Economic, Social, and Technological*) y al más reciente análisis Pestle (*Political, Economic, Social, Technological, Legal, and Environmental*): A. QUARANTA, «Cosa sono le analisi PEST e PESTLE, e quanto possono essere utili per comprendere i fattori esterni

los principios de sostenibilidad en sus diferentes vertientes se convierte en un elemento clave para proteger a las personas y al medio ambiente.

La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) está evolucionando hacia la Responsabilidad Digital Corporativa (RDC) o *Corporate Digital Responsibility* (CDR)⁴¹, que tiene como objetivo garantizar prácticas digitales éticas, justas y respetuosas con los derechos fundamentales del ser humano, como la *privacidad*⁴². La RDC se entrelaza profundamente con el concepto de sostenibilidad integral (ambiental, social y económica)⁴³, influyendo en diversos aspectos operativos de las organizaciones, entre ellos la eficiencia energética, la economía circular, el desarrollo de *software* regulado según determinadas normas, la transparencia de los datos y las nuevas formas de trabajo. No se limita a considerar la tecnología como un simple factor habilitador, sino que evalúa su impacto global, promoviendo la integración de los índices de sostenibilidad desde el diseño hasta la gestión de los sistemas de IA.

La medición del nivel de sostenibilidad en los sistemas de IA es cada vez más importante para las prácticas empresariales⁴⁴, en consonancia con la normativa supranacional y nacional. A nivel supranacional, el reciente Convenio Marco del Consejo de Europa sobre IA y derechos

che influenzano il contesto, sempre più complesso, in cui operano le aziende», en *Ambiente & Sviluppo*, 8, 2024, pp. 859 ss.; por otra parte, sobre los sistemas inteligentes producidos en relación con las tecnologías de *interfaz cerebro-ordenador* (BCI), véase L. GATT, I.A. CAGGIANO, M.C. GAETA, A.A. MOLLO, «BCI devices and their legal compliance: A prototype tool for its evaluation and measurement», en *EJPLT* 1, 2022, pp. 301-314, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT221LGIACMCGAAM>.

⁴¹ Para más información sobre la *responsabilidad digital corporativa*, véase K.V. CARL, T.M.C. ZILCHER, O. HINZ, «Corporate Digital Responsibility and the current Corporate Social Responsibility standard: An analysis of applicability», en *Open Identity Summit* of Copenhagen, 2022, pp. 75-86, DOI: https://doi.org/10.18420/OID2022_06; K.V. CARL, C. MIHALE-WILSON, J. ZIBUSCHKA, O. HINZ, «A consumer perspective on Corporate Digital Responsibility: an empirical evaluation of consumer preferences», en *Journal of Business Economics*, 94, 2023, pp. 979-1024; L. LOBSCHAT, B. MUELLER, F. EGGERS, L. *et al.*, «Corporate digital responsibility», en *Journal of Business Research*, 122, 2021, pp. 875-888, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2019.10.006>.

⁴² Sobre la protección de datos personales y la sostenibilidad medioambiental en el derecho contractual, véase I.A. CAGGIANO, «Modelli negoziali di condivisione di dati: prospettive applicative e la sostenibilità ambientale», en A. MORACE PINELLI (cargo), *Dalla Data Protection alla Data Governance: il regolamento (UE) 2022/868 Commentario al Data Governance Act*, Pisa, Pacini Giuridica, 2024, pp. 83-106.

⁴³ Sobre la extensión de la RDC al ámbito de la sostenibilidad, véase: J. WIRTZ, W.H. KUNZ, N. HARTLEY, J. TARBIT, «Corporate Digital Responsibility in Service Firms and Their Ecosystems», en *Journal of Service Research* 26 (2), 2022, pp. 173-190, DOI: <https://doi.org/10.1177/10946705221130467>; C.J. HERDEN, E. ALLIU, A. ÇAKICI *et al.* «Corporate Digital Responsibility», en *Nachhaltigkeits Management Forum*, 29, 2021, pp. 13-29, DOI: <https://doi.org/10.1007/s00550-020-00509-x>.

⁴⁴ Para un primer análisis del concepto de medición en relación con las tecnologías de *interfaz cerebro-ordenador* (BCI), véase L. GATT, I.A. CAGGIANO, M.C. GAETA, E. TROISI, R. SAVELLA, F. PRATESI, R. TRASARTI, «FRIA implementation model according to the AI Act», en *EJPLT*, 2, 2024, pp. 192-204, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT242LGIACMCGETRSTFP>

humanos de 2024⁴⁵ y la Ley de IA⁴⁶ tienen por objeto garantizar, tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en el europeo, la seguridad de la IA y la protección de los derechos fundamentales mediante una metodología basada en el análisis de riesgos. Los sistemas de IA de alto riesgo deben evaluarse previamente y supervisarse a lo largo de todo su ciclo de vida, un enfoque ya adoptado en normativas como el GDPR⁴⁷

⁴⁵ Convenio Marco del Consejo de Europa sobre la inteligencia artificial y los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, de 5 de septiembre de 2024. El Comité ad hoc sobre IA (CAHAI) del Consejo de Europa, en colaboración con el Instituto Alan Turing del Reino Unido, elaboró entre 2019 y 2021 un modelo uniforme para *las evaluaciones del impacto de los sistemas de IA en los derechos humanos* (siglas en inglés HRIAs), que actualmente se ajusta al Convenio Marco del Consejo de Europa sobre IA y que recibe el nombre de HUDERIA (*Evaluación del impacto sobre los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho*). El modelo fue adoptado por el Consejo de Europa en noviembre de 2024. Para más información, véase: Comité ad hoc sobre IA (CAHAI) del Consejo de Europa, *Metodología para la evaluación del riesgo y el impacto de los sistemas de inteligencia artificial desde el punto de vista de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho* (metodología HUDERIA), 28.11.2024, CAI(2024)16rev2, disponible en el siguiente enlace: <https://rm.coe.int/cai-2024-16rev2-methodology-for-the-risk-and-impact-assessment-of-arti/1680b2a09f>

⁴⁶ En lo que respecta al ámbito de la UE, la normativa interna más reciente sobre IA es el Reglamento sobre IA (Ley de IA), que forma parte de un sistema más amplio de medidas políticas destinadas a apoyar el desarrollo de una IA fiable, que también incluye el Paquete de Innovación en IA y el Plan Coordinado sobre IA. En conjunto, estas normativas tienen por objeto garantizar la seguridad de las tecnologías de IA y la protección de los derechos fundamentales de las personas y las empresas en relación con las aplicaciones de IA. Además, estas iniciativas tienen por objeto reforzar la inversión y la innovación en IA en toda la UE. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *sobre la promoción de las empresas emergentes y la innovación en la inteligencia artificial fiable*, de 24.1.2024, COM(2024) 28 final; para obtener una visión general del paquete de iniciativas europeas destinadas a apoyar a las empresas emergentes y a las pymes en el desarrollo de una inteligencia artificial (IA) fiable, véase la página web oficial de la Comisión Europea, *La Comisión lanza un paquete de medidas para la innovación en materia de IA en apoyo de las empresas emergentes y las pymes en el sector de la inteligencia artificial*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_24_383; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan coordinado sobre inteligencia artificial*, 7.12.2018, COM(2018) 795 final. Para obtener una visión general del Plan de Coordinación de la IA y sus actualizaciones, véase también la página web oficial de la Comisión Europea, *Plan coordinado sobre inteligencia artificial*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/plan-ai>. Para más detalles sobre la medición, véase: S. BERTAINA, I. BIGANZOLI, R. DESIANTE *et al.*, «Fundamental Rights and Artificial Intelligence Impact Assessment: A New Quantitative Methodology in the Upcoming Era of AI Act», 18 de enero 2024, DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4698609>; A. MANTELERO, *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Berlín, Springer, 2022, pp. 45 - 54; H. JANSSEN, M.S. AH LEE, J. SINGH, «Practical fundamental rights impact assessments», en *International Journal of Law and Information Technology* 30(2), 2022, pp. 200-232, DOI: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaac018>; A. MANTELERO, M.S. ESPOSITO, «An evidence-based methodology for human rights impact assessment (HRIA) in the development of AI data-intensive systems», en *Computer Law & Security Review*, 41, 2021, pp. 1-13, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105561>.

⁴⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, 2016/679/UE, 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 (Reglamento general de protección de datos, en siglas inglesas GDPR).

y la DSA⁴⁸. Desde un punto de vista ético, también surge la necesidad de verificar el impacto de la IA en las personas y en la realidad social en general⁴⁹, así como, más concretamente, en la sociedad, la psicología humana (en particular la confianza), los sistemas financieros y el medio ambiente, tal y como se ha señalado tanto en estudios europeos⁵⁰ como en actos de *soft law*⁵¹.

En Italia, ya el Libro Blanco AgID de 2018⁵², seguido de la Estrategia Italiana AgID para la IA 2024-2026⁵³, había subrayado la importancia de la medición y la evaluación del impacto de la IA. La Ley núm. 132/2025, por la que se aprueba el proyecto de ley núm. 1146/2024 en materia de IA⁵⁴, se alinea con la Ley de IA, promoviendo un uso correcto y responsable de la IA y la gestión de los riesgos sobre los derechos fundamentales, verificando su impacto.

⁴⁸ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 2022/2065/UE, de 19 de octubre de 2022, sobre un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento sobre los servicios digitales, en su forma abreviada, DSA).

⁴⁹ Estudio del Parlamento Europeo, *Inteligencia artificial: de la ética a la política*, PE641.507, junio de 2020.

⁵⁰ Estudio del Parlamento Europeo, *La ética de la inteligencia artificial: cuestiones e iniciativas*, PE 634.452, marzo de 2020; Estudio del Parlamento Europeo, *Marco europeo sobre los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas*, PE 654.179, septiembre de 2020.

⁵¹ Los actos de *derecho indicativo* que ponen de relieve la necesidad de garantizar una IA fiable proceden del Parlamento Europeo, de la Comisión Europea y del Grupo de Expertos en IA nombrado por la Comisión Europea en 2019 (*Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial*). En particular, en lo que respecta a las instituciones europeas, véase: Resolución del Parlamento Europeo, *Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas*, 20.10.2020, PROV(2020)0275; Libro Blanco de la Comisión Europea sobre *Inteligencia Artificial: Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza*, 19.02.2020, COM(2020)65 final; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, 8.04.2019, COM(2019)168 final. En relación con los trabajos del grupo europeo de expertos en IA, véase HLEG-AI, *The Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI)*, 17.07.2020, que es el resultado de los estudios realizados el año anterior por el mismo grupo de expertos: HLEG-AI, *Policy and investment recommendation for trustworthy AI*, 26.06.2019; HLEG-AI, *A definition on AI: Main capabilities and Disciplines*, 8.04.2019; HLEG-AI, *Ethical Guidelines for Trusted AI*, 8.04.2019.

⁵² Libro Blanco de la Agencia para la Italia Digital (Agenzia per l'Italia Digitale - AgID), *La inteligencia artificial al servicio del ciudadano*, marzo de 2018, Reto núm. 8.

⁵³ Agencia para la Italia Digital (Agenzia per l'Italia Digitale - AgID), *Estrategia italiana para la inteligencia artificial 2024-2026*, abril de 2024, pp. 4 - 12.

⁵⁴ El proyecto de ley núm. 1146/2024, *Disposizioni e delega al Governo in materia di Intelligenza artificiale*, fue aprobado el 20 de marzo de 2025 en el Senado y en la Cámara de Diputados con modificaciones el 25 de junio de 2025, posteriormente aprobado definitivamente en el Senado el 17 de septiembre de 2025 y publicado en el Boletín Oficial el 23 de septiembre de 2025 como Ley núm. 132, de 23 de septiembre de 2025, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*. Para más información sobre el proceso legislativo, consulte la página correspondiente del sitio web del Senado de la República: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/58262.htm>.

Sin embargo, los sistemas de autoevaluación presentan aspectos críticos, como el riesgo de discrecionalidad e instrumentalización (por ejemplo, el caso *Dieselpgate*)⁵⁵. Por ello, los mecanismos de certificación de sostenibilidad basados en factores ESG, realizados por terceros, están adquiriendo una importancia creciente, especialmente para las grandes empresas y aquellas que utilizan tecnologías avanzadas como la IA.

Las empresas 4.0 están adoptando cada vez más políticas de «*compliance by design and by default*» que tienen por objeto garantizar altos niveles de sostenibilidad, aumentando la competitividad empresarial. La ecosostenibilidad, en particular, es ahora un elemento preferencial en la contratación pública⁵⁶, pero también está influyendo en las relaciones contractuales entre particulares⁵⁷. La celebración de «contratos verdes» o «contratos ecológicos»⁵⁸ que integran criterios de sostenibilidad transforma el contrato en un instrumento para la realización de intereses no solo susceptibles de evaluación económica, sino también de intereses patrimoniales sostenibles⁵⁹: la inclusión de

⁵⁵ Es el caso, por ejemplo, del famoso escándalo Volkswagen (el llamado «Dieselpgate» de 2015), ejemplo emblemático de *greenwashing*, en el que se declararon niveles de emisiones contaminantes inferiores a los reales. Para más información, véase F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselpgate»*. *Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Nápoles, ESI, 2021, 135-145.

⁵⁶ Véase S. COLOMBARI, «Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici», en *Urbanistica e appalti*, 1, 2019, pp. 5 ss., que señala que las exigencias medioambientales en el ámbito de las concesiones y los contratos públicos se basan en la afirmación gradual del principio de integración funcional al desarrollo sostenible, primero a nivel europeo y luego también a nivel nacional: en este sentido, ya desde el Código italiano de Contratos Públicos de 2016 (D. Lgs. 50/2016) se observa una mayor valorización de los criterios de sostenibilidad a efectos de la adjudicación de contratos públicos, ya que estos se convierten en un instrumento determinante para la transición hacia una economía circular.

⁵⁷ Sobre las cláusulas de sostenibilidad, véase S. LANDINI, «Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni», en *Diritto pubblico*, 2, 2015, pp. 611-636.

⁵⁸ S. PAGLIANTINI, «Sul c.d. Contratto ecologico», en *Nuova Giur Civ* 2, 2016, pp. 20337 ss.; M. PENNASILICO, «Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (a proposito del libro di Nicola Lipari)», en *Riv. Dir. Civ.* 5, 2016, pp. 1246 ss., según el cual «*L'interesse ambientale, che per lungo tempo ha costituito un vincolo esterno alle procedure a evidenza pubblica, poiché l'originaria normativa comunitaria rispondeva al solo interesse economico della tutela della concorrenza, può considerarsi oggi un dato immanente o un vincolo interno alle procedure tanto di affidamento dei contratti pubblici quanto di formazione di qualsiasi "contratto ecologico", anche di diritto privato, purché fonte di rapporti patrimoniali "sostenibili"*». Véase también M. PENNASILICO, «Contratto e uso responsabile delle risorse naturali», en *Rass. Dir. Civ.* 3, 2014, p. 766, que afirma que ««la forza di espansione, valutativa e assiologica, del principio dello sviluppo sostenibile consente di estendere l'applicabilità dei criteri ambientali anche agli appalti privati». Sobre los instrumentos contractuales para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente: L. VALLE, M.C. MARULLO, «Contract as an Instrument Achieving Sustainability and Corporate Social Responsibility Goals», en *International Community Law Review* 24, 2022, pp. 100 ss. Sobre los contratos ecológicos entre el Derecho público y el Derecho privado, véase C. RTI, «Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato», en *Contratto e Impresa/Europa*, 2017, pp. 183-210, que relaciona la normativa de carácter público en materia de contratos también con los contratos verdes del Derecho privado.

⁵⁹ M. PENNASILICO, «Contratto e uso responsabile delle risorse naturali», *op. cit.*, 768, destaca que hoy en día el contrato no es solo fuente de relaciones jurídicas patrimoniales, sino

cláusulas sobre sostenibilidad en la libre negociación entre particulares implica valoraciones de carácter patrimonial directo o indirecto, pero en cualquier caso merecedoras de protección, ya que tienen por objeto el principio de sostenibilidad⁶⁰.

Además, en las relaciones con los usuarios finales, la protección de los consumidores se está alineando con la economía circular⁶¹, exigiendo una mayor transparencia en el etiquetado y un refuerzo de las garantías de durabilidad de los bienes. El concepto de sostenibilidad ambiental, social y económica está cada vez más presente también en las relaciones contractuales entre particulares, lo que exige criterios específicos para su aplicación en la producción de IA y modelos contractuales compatibles con los objetivos de sostenibilidad públicos⁶². En particular, podría ser conveniente considerar instrumentos de dere-

también de relaciones jurídicas patrimoniales sostenibles. El autor considera que se abre así una nueva era del contrato: una era «verde» basada en el análisis «ecológico» del derecho contractual, que permite comprender que la propia noción de contrato *según* el artículo 1321 del Código Civil italiano es ya insuficiente si no se integra con los principios de solidaridad y sostenibilidad en el uso responsable de los recursos naturales. Sobre los intereses patrimoniales y no patrimoniales del contrato ecológico véase también S. PERSIA, «Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile “sostenibile”», en *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente* 1, 2018, p. 11.

⁶⁰ M. PENNASILICO, «Contratto e uso responsabile delle risorse naturali», *op. cit.*, p. 765, que afirma la necesidad de una conformación «ecológica» de la autonomía negocial, llevando a reconocer que la meritividad de «contratti verdi» está en la licitud de la causa que si refiere a contratos destinados a satisfacer intereses medioambientales lícitos y en armonía con el «pleno desarrollo de la persona humana» (art. 3, apartado 2, de la Constitución). Para una reflexión detallada sobre la meritividad de la protección de los intereses contractuales en relación con la protección del medio ambiente, véase P. PERLINGIERI, «Persona, ambiente e sviluppo», en M. PENNASILICO (cargo), *Contratto e ambiente. L’analisi ecologica del diritto contrattuale*, Nápoles, ESI, 2016, pp. 321 ss., según el cual, aunque el contrato contenga cláusulas sobre la protección del medio ambiente, no es merecedor de protección si entra en conflicto con valores como la salud del ser humano y su integridad psicofísica. Para una reflexión más amplia sobre el equilibrio entre las necesidades del mercado y la protección de la persona, véase P. PERLINGIERI, «Mercato, solidarietà e diritti umani», en *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Nápoles, ESI, 2003, p. 255.

⁶¹ En este sentido, M.A. CIOCIA, «Circularidad económica y transparencia del producto», en *EJPLT*, 1, 2022, pp. 57-72, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT221MAC>. El enfoque antropocéntrico de la sostenibilidad es especialmente importante en relación con los productos inteligentes, ya que el consumidor en el entorno digital se encuentra en una posición de vulnerabilidad estructural: L. GATT LUCILLA, I.A. CAGGIANO, «Consumers and Digital Environments as a Structural Vulnerability Relationship», en *EJPLT*, 2, 2022, pp. 8-16.

⁶² Para más información sobre las políticas públicas de la UE relativas a las evaluaciones de impacto en la sostenibilidad (VIS, por sus siglas en inglés) en las negociaciones comerciales públicas con países no pertenecientes a la UE, véase la página oficial de la Comisión Europea: https://policy.trade.ec.europa.eu/analysis-and-assessment/sustainability-impact-assessments_en. La evaluación del impacto en la sostenibilidad (VIS) es una herramienta que permite realizar un análisis en profundidad de los posibles impactos económicos y sociales sobre los derechos humanos y el medio ambiente de las negociaciones comerciales en curso. Fue desarrollada por la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea (DG Trade) en 1999 para las negociaciones de la Agenda de Doha para el Desarrollo de la Organización Mundial del Comercio (*Doha Development Agenda - DDA*).

cho privado que prevean un derecho de preferencia para las empresas que respeten altos estándares de sostenibilidad, inicialmente como cláusula de preferencia voluntaria y, en el futuro, potencialmente como preferencia legal, especialmente en el sector de la IA, en la dirección de la denominada «*twin transition*» (transición digital y transición (eco) sostenible que deben avanzar al unísono).

4. CÓMO PROMOVER EL DESARROLLO DE UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SOSTENIBLE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Según lo analizado en el presente trabajo, en la sociedad contemporánea los derechos aumentan o, en cualquier caso, evolucionan como consecuencia de los nuevos riesgos posibles, para los que es necesario encontrar una protección también jurídica.

Esto es válido, por ejemplo, en el caso del desarrollo del sector industrial, con especial atención a las tecnologías de IA, que conllevan la aparición de ventajas potenciales, pero también de posibles riesgos para el individuo y para el planeta.

Sin embargo, no parece necesario multiplicar las regulaciones en relación con el cambio de determinados supuestos jurídicos, ahora especialmente sujetos al desarrollo tecnológico, al tiempo que una única normativa de referencia no puede ser suficiente. La época en la que vivimos se caracteriza injustificadamente por la proliferación de normas que se suceden unas a otras, incluso de forma confusa, socavando los fundamentos de la seguridad jurídica⁶³.

Sin embargo, tampoco es necesario ampliar excesivamente las categorías jurídicas existentes con la convicción de que así se garantizará una mayor protección del individuo, como se ha intentado hacer con la subjetividad jurídica (la naturaleza, los robots, la IA).

⁶³ F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, Aboca, 2017, pp. 12 ss., destacan la necesidad de transformar el derecho para crear un «ordine giuridico ecologico». P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Nápoles, ESI, 2006, p. 16, que define la legislación como «afanosa» y «aluvional», criticándola además por estar cada vez más caracterizada por técnicas legislativas que no apuntan a una visión global del caso jurídico, que tenga en cuenta también el marco constitucional y supranacional. En este sentido, véase también C. CACCAVALE, «Per un diritto sostenibile», en G. CONTE Y M. PALAZZO (cargo), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 241-269, que expone claramente, criticándola, la excesiva producción de normas jurídicas. Sobre la falta de una efectividad vinculante de las normas jurídicas, véase M. ORLANDI, «Norme deboli», en M. ORLANDI (cargo) *Liber amicorum Pietro Rescigno. Con motivo del noventa cumpleaños*, Nápoles, ES, vol. 2, 2018, pp. 1451 - 1468; M. Orlandi, «Diritto mite», en L. EUSEBI (cargo), *Il problema delle leggi imperfette, Etica della partecipazione all'attività legislativa in democrazia*, Brescia, Morcelliana, 2017, pp. 107 ss.

Lo que parece faltar en parte, en cambio, son leyes eficaces⁶⁴, también con vistas a reforzar la protección *ex ante*, partiendo de la reinterpretación de los derechos fundamentales del hombre más estrechamente relacionados con el concepto de sostenibilidad, para responder a las necesidades de las generaciones presentes y futuras. El principio de sostenibilidad en clave antropocéntrica, con referencia al sector de la IA, puede ponerse en práctica con una regulación multinivel (al menos europea, si no internacional)⁶⁵, compuesta por diferentes tipos de actos normativos: no solo de *hard law*, sino también de *soft law* (desde directrices hasta códigos de conducta), además de normas técnicas precisas (por ejemplo, estándar, especialmente si están armonizadas), aplicables también mediante remisión a normas jurídicas vinculantes, y tecnoregulaciones, con miras a la hibridación de los conocimientos⁶⁶.

En el centro de la regulación, para el sector de la industria 4.0, también debe situarse la RDC, que, si se aplica correctamente, puede contribuir efectivamente al desarrollo de una IA sostenible tanto «para» la producción como «en» la producción. Una RDC entendida en sentido amplio, ampliada a los objetivos de sostenibilidad en todos los ámbitos, debe incluir *políticas* empresariales centradas en los factores ESG, así como contratos empresariales caracterizados por cláusulas de sostenibilidad de la IA tanto entre profesionales (siglas en inglés B2B) como con los consumidores (siglas en inglés B2C)⁶⁷.

No obstante, se percibe una resistencia por parte de las empresas a invertir en una sólida cultura de Responsabilidad Digital Corporativa, derivada tanto de los costes asociados a estas iniciativas como de la falta de concienciación o de los conocimientos técnicos necesarios,

⁶⁴ Para más información sobre el concepto de eficacia, véase I.A. CAGGIANO, «A Quest for Efficacy in Data Protection: a Legal and Behavioural Analysis», en *Universidad de Barcelona Jean Monnet Chair Working Papers* núm. 10, 2017, pp. 6 ss., en el que la autora analiza la eficacia de los instrumentos normativos, con especial atención al Reglamento (UE) 2016/679 (GDPR) sobre la protección de datos personales.

⁶⁵ De hecho, la regulación debería proporcionarse a nivel internacional, europeo y nacional. El nivel nacional debería ser el resultado de la comparación con otros ordenamientos más virtuosos, así como de la transposición de la normativa supranacional. Como sostiene T.E. FROSINI, «Il metodo», en T.E. FROSINI (cargo) *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 11-23 el Derecho comparado sirve para contribuir a la evolución y el progreso de un ordenamiento jurídico, a través de las experiencias jurídicas que se han producido en otros países.

⁶⁶ Sobre la metodología de la hibridación del conocimiento, véase L. GATT, «The reasons for choosing a hybrid method of investigation and the relationship with technology» en L. GATT, I.A. CAGGIANO, R. MONTANARI (cargo). *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach for data protection*, Nápoles, Suor Orsola Università Editrice, 2021, pp. 12-13.

⁶⁷ Los contratos de consumo entran en la categoría de los contratos de empresa, como contratos entre la empresa y el consumidor (también denominados contratos unilaterales de empresa). Véase al respecto V. BUONOCORE, «Contratti del consumatore e contratti di impresa», en *Riv. dir. civ.*, 1, 1995, p. 41, quien sostiene que los contratos de consumo constituyen un segmento de fundamental importancia para la contratación mercantil.

además de la dificultad de conciliar los objetivos *empresariales* con la implementación de sistemas de gestión adecuados. De hecho, los objetivos *empresariales* no siempre van de la mano con los principios de sostenibilidad, sino que, en la práctica, esto ocurre en muy pocas ocasiones.

El uso de tecnologías de IA mejora y optimiza el rendimiento: por ejemplo, las promociones específicas y las ventas cruzadas son eficaces para aumentar las ventas, el compromiso y la retención de los usuarios. Además, ayudan a mejorar la experiencia del usuario (*user experience* – UX) gracias a la personalización y a los sistemas de recomendación basados, precisamente, en los datos recopilados. Por otra parte, la automatización y los sistemas de IA reducen los costes y la contaminación medioambiental, optimizando y automatizando los procesos.

Sin embargo, para gestionar los procesos de producción de forma ética, se necesitan normas eficaces (como las que regulan el derecho de tanteo y las cláusulas de sostenibilidad de la IA, el etiquetado de los productos, la ilicitud contractual por violación de la sostenibilidad⁶⁸) y la formación de *equipos* integrados que conozcan y apliquen prácticas conformes y eficaces a todos los niveles, que no solo estén alineadas con la normativa, sino que creen y adopten procedimientos estandarizados. Esto no solo reduce los riesgos del impacto negativo de la IA, sino que también refuerza la confianza de *las partes interesadas*, la confianza de los usuarios y consolida la reputación de la empresa.

Por lo tanto, el desarrollo de una IA sostenible requiere un enfoque estratégico, integrado y transdisciplinario⁶⁹. Es esencial que también se implemente entre los particulares, y por lo tanto en el derecho privado, una gestión responsable de todo el ciclo de producción de la IA, para garantizar un ecosistema de IA seguro y fiable a todos los niveles y para todas las partes implicadas.

En particular, también es necesario desarrollar en el derecho privado un concepto de sostenibilidad integral⁷⁰, no solo medioambiental, sino también social y económica, tomando como ejemplo los factores ESG y ampliando su ámbito de aplicación, así como llevando a cabo un análisis de los procesos, las áreas y las funciones de las diferentes

⁶⁸ Para más información sobre la ilegalidad del contrato y la sostenibilidad, véase R. FADDA, *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Nápoles, ESI, 2024, pp. 40-45.

⁶⁹ Mientras que la multidisciplinariedad pone en juego la colaboración entre disciplinas para alcanzar objetivos preestablecidos, la transdisciplinariedad implica la colaboración entre disciplinas desde la fase de identificación de los objetivos. Véase el documento de posición de la Agencia para la Promoción de la Investigación Europea, *Verso FP10*, junio de 2024, 7 y 8.

⁷⁰ En este sentido, E. CATERINI, «Sustainability and Civil Law», en *The Italian Law Journal*, 4(2), 2018, pp. 289-314, considera que la sostenibilidad se ha convertido en el análisis social del derecho y subraya la necesidad de un mercado sostenible a nivel europeo.

relaciones entre particulares (B2B y B2C). El enfoque debe ser proporcional al tamaño del negocio, al sector de referencia, al mercado en cuestión y, sobre todo, a los objetivos que se persiguen.

El valor del mercado ya no es solo económico-productivo, sino que es la promoción de un valor orientado al desarrollo sostenible, en beneficio de un nuevo modelo de economía responsable que garantice una IA sostenible para la protección de los derechos humanos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BERTAINA, S., BIGANZOLI, I., DESIANTE, R., *et al.*, «Fundamental Rights and Artificial Intelligence Impact Assessment: A New Quantitative Methodology in the Upcoming Era of Ai Act», 18 de enero 2024, DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4698609>.
- BERTELLI, F., *Profili civilistici del «dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Nápoles, ESI, 2021.
- BUONOCORE, V., «Contratti del consumatore e contratti di impresa», en *Riv. dir. civ.*, 1, 1995, pp. 41 ss.
- CACCAVALE, C., «Per un diritto sostenibile», en G. CONTE Y M. PALAZZO (cargo), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 241-269.
- CAGGIANO, I.A., «Modelli negoziali di condivisione di dati: prospettive applicative e la sostenibilità ambientale», en A. MORACE PINELLI (cargo), *Dalla Data Protection alla Data Governance: il regolamento (UE) 2022/868 Commentario al Data Governance Act*, Pisa, Pacini Giuridica, 2024, pp. 83-106.
- , «A Quest for Efficacy in Data Protection: a Legal and Behavioural Analysis», en *Universidad de Barcelona Jean Monnet Chair Working Papers* núm. 10, 2017, pp. 1 ss.
- CAPRA, F., MATTEI, U., *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, Aboca, 2017.
- CARL, K.V., ZILCHER, T.M.C., HINZ, O., «Corporate Digital Responsibility and the current Corporate Social Responsibility standard: An analysis of applicability», en *Open Identity Summit* of Copenhagen, 2022, pp. 75-86, DOI: https://doi.org/10.18420/OID2022_06.
- CARL, K.V., MIHALE-WILSON, C., ZIBUSCHKA, J., HINZ, O., «A consumer perspective on Corporate Digital Responsibility: an empirical evaluation of consumer preferences», en *Journal of Business Economics*, 94, 2023, pp. 979-1024;
- CATERINI, E., «Sustainability and Civil Law», en *The Italian Law Journal*, 4(2), 2018, pp. 289-314.
- CIOCIA, M.A., «Circularidad económica y transparencia del producto», en *EJPLT*, 1, 2022, pp. 57-72, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT221MAC>.
- COLOMBARI, S., «Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici», en *Urbanistica e appalti*, 1, 2019, pp. 5 ss.
- FADDA, R., *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Nápoles, ESI, 2024.

- FRANCESCA, M., «Tre appunti in materia di sostenibilità, welfare e Bauhaus europeo», en *EJPLT*, 2, 2024., pp. 5-7. Para más detalles sobre la «Nueva Bauhaus Europea», véase la página oficial de la Comisión Europea: <https://culture.ec.europa.eu/it/node/1181>.
- FREITAG, C., BERNERS-LEE, M., WIDDICK K., *et al.*, «The real climate and transformative impact of ICT: A critique of estimates, trends, and regulations», in *Patterns*, 2(9), 2021, pp. 1 ss.
- FROSINI, T.E., «Il metodo», en T.E. FROSINI (cargó) *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 11-23.
- GAETA, M.C., «Strumenti di diritto privato per la sostenibilità ambientale nell'industria automobilistica 4.0: un'analisi giuridico-ecodinamica», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 2023, pp. 2076-2107.
- «Intelligenza artificiale sostenibile e tutela dei *green rights*», en *EJPLT*, 2, 2024, pp. 147-171, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT242MCG>.
- GATT LUCILLA, L., CAGGIANO, I.A., «Consumers and Digital Environments as a Structural Vulnerability Relationship», en *EJPLT*, 2, 2022, pp. 8-16.
- GATT, L., CAGGIANO, I.A., GAETA, M.C., MOLLO, A.A., «BCI devices and their legal compliance: A prototype tool for its evaluation and measurement», en *EJPLT* 1, 2022, pp. 301-314, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT221L-GIACMCGAAM>.
- GATT, L., CAGGIANO, I.A., GAETA, M.C., TROISI, E., SAVELLA, R., PRATESI, F., TRASARTI, R., «FRIA implementation model according to the AI Act», en *EJPLT*, 2, 2024, pp. 192-204, DOI: <https://doi.org/10.57230/EJPLT242L-GIACMCGETRSTFP>
- GATT, L., «The reasons for choosing a hybrid method of investigation and the relationship with technology» en L. GATT, I.A. CAGGIANO, R. MONTANARI (cargó). *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach for data protection*, Nápoles, Suor Orsola Università Editrice, 2021, pp. 12-13.
- HERDEN, C.J., ALLIU, E., CAKICI A., *et al.*, «Corporate Digital Responsibility», en *Nachhaltigkeits Management Forum*, 29, 2021, pp. 13-29, DOI: <https://doi.org/10.1007/s00550-020-00509-x>.
- IRTI, C., «Gli “appalti verdi” tra pubblico e privato», en *Contratto e Impresa/Europa*, 2017, pp. 183-210.
- LANDINI, S., «Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni», en *Diritto pubblico*, 2, 2015, pp. 611-636.
- LENOCI, F., «Il Bilancio di Sostenibilità 2023 del Gruppo Cerved concerne Cerved Group S.p.A. e le società consolidate con metodo integrale in coerenza con il Bilancio Consolidato di Gruppo», en *Amministrazione & Finanza*, 1, 2025, pp. III-XVI.
- LOBSCHAT, L., MUELLER, B., EGGERS, F., L., *et al.*, «Corporate digital responsibility», en *Journal of Business Research*, 122, 2021, pp. 875-888, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2019.10.006>.
- MANTELERO, A., *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Berlín, Springer, 2022, pp. 45 - 54; H. JANSSEN, M.S. AH LEE, J. SINGH, «Practical fundamental rights impact assessments», en *International Journal of Law and Information Technology* 30(2), 2022, pp. 200-232, DOI: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaac018>.
- MANTELERO, A., ESPOSITO, M.S., «An evidence-based methodology for human rights impact assessment (HRIA) in the development of AI data-intensive systems», en *Computer Law & Security Review*, 41, 2021, pp. 1-13, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105561>.

- ORLANDI, M., «Diritto mite», in L. EUSEBI (cargo), *Il problema delle leggi imperfette, Etica della partecipazione all'attività legislativa in democrazia*, Brescia, Morcelliana, 2017, pp. 107 ss.
- «Norme deboli», in M. ORLANDI (cargo) *Liber amicorum Pietro Rescigno. Con motivo del noventa cumpleaños*, Nápoles, ES, Vol. 2, 2018, pp. 1451-1468.
- PAGLIANTINI, S., «Sul c.d. Contratto ecologico», in *Nuova Giur. Civ.* 2, 2016, pp. 20337 ss.; M
- PENNASILICO, M., «Contratto e uso responsabile delle risorse naturali», in *Rass. Dir. Civ.* 3, 2014, p. 766.
- PENNASILICO, M., «Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (a proposito del libro di Nicola Lipari)», in *Riv. Dir. Civ.* 5, 2016, pp. 1246 ss.
- PERLINGIERI, P., «Mercato, solidarietà e diritti umani», in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.
- *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Nápoles, ESI, 2003.
- «Persona, ambiente e sviluppo», in M. PENNASILICO (cargo), *Contratto e ambiente. L'analisi «ecologica» del diritto contrattuale*, Nápoles, ESI, 2016, pp. 321 ss.
- PERSIA, S., «Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile “sostenibile”», in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente* 1, 2018, pp. 4-20.
- QUARANTA, A., «Cosa sono le analisi PEST e PESTLE, e quanto possono essere utili per comprendere i fattori esterni che influenzano il contesto, sempre più complesso, in cui operano le aziende», in *Ambiente & Sviluppo*, 8, 2024, pp. 859 ss.
- VALLE, L., MARULLO, M.C., «Contract as an Instrument Achieving Sustainability and Corporate Social Responsibility Goals», in *International Community Law Review* 24, 2022, pp. 100 ss.
- VAN WYNSBERGHE, A., «Sustainable AI: AI for sustainability and the sustainability of AI», in *AI and Ethics*, 1, 2021, pp. 214-215, DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-021-00043-6>.
- WIRTZ, J., KUNZ, W.H., HARTLEY, N., TARBIT, J., «Corporate Digital Responsibility in Service Firms and Their Ecosystems», in *Journal of Service Research* 26 (2), 2022, pp. 173-190, DOI: <https://doi.org/10.1177/10946705221130467>.
- ZIOLO, M., BAĞ, I., SPOZM, A., «Literature review of greenwashing research: State of the art», in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 31 (3), 2024, pp. 5343-5356, DOI: <https://doi.org/10.1002/csr.2842>.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 253-295
DOI: 10.37417/VSECC/10
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

DEBERES INFORMATIVOS Y CONSUMO SOSTENIBLE: A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA *GREENWASHING**

Felisa María CORVO LÓPEZ
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. *GREENWASHING*: BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y ALGUNOS EJEMPLOS.— 3. DEBERES INFORMATIVOS: 3.1. Deberes informativos relacionados con el blanqueo ecológico de bienes o servicios de consumo. Afirmaciones medioambientales y afirmaciones sociales; 3.2. Deberes informativos relacionados con la obsolescencia de bienes y servicios de consumo, su durabilidad y reparabilidad: 3.2.1. Deberes informativos *versus* competencia desleal: 3.2.1.1 *Prácticas comerciales engañosas de carácter general*; 3.2.1.2. *Prácticas comerciales engañosas relacionadas con la actualización de software*; 3.2.1.3. *Prácticas comerciales engañosas relacionadas con elementos fungibles*; 3.2.2 Deberes de información precontractual en el TRLGDCU.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El 26 de marzo de 2024 entró en vigor la nueva 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

* Este trabajo se desarrolla en el marco del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER (UE).

desleales y mediante una mejor información (en adelante, Directiva (UE) 2024/825), disposición que debe ser traspuesta a los Ordenamientos internos de los Estados miembros el 27 de marzo de 2026 (como muy tarde). Dicha Directiva nace con unos objetivos claramente definidos: 1) Contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior; 2) Asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores y del medio ambiente; y 3) Avanzar en la transición ecológica. Busca, en definitiva, poner fin a una práctica que erosiona el medio ambiente y la confianza del consumidor, al tiempo que distorsiona el buen funcionamiento del mercado, al suponer una táctica claramente desleal¹. Para su consecución, introduce una serie de normas específicas en el Derecho de la Unión que, por una parte, vienen a reforzar las capacidades de actuación de los organismos nacionales competentes frente a las prácticas comerciales desleales que se pretende combatir, entre las que se incluyen la obsolescencia prematura de los bienes, afirmaciones medioambientales engañosas o *greenwashing*, información falsa sobre características sociales de productos o empresas, o el uso de distintivos o etiquetas de sostenibilidad poco creíbles o no verificables; y, por otra, tratan de garantizar que los consumidores puedan tomar decisiones de compra informadas y contribuir a patrones de consumo más sostenibles, algo que para el legislador comunitario es esencial.

Como pone de relieve NOVAL PATO, «en la lucha contra el blanqueo ecológico convergen tres intereses fundamentales: el interés público en asegurar el correcto funcionamiento de un mercado competitivo de bienes y servicios sostenibles; el interés de los consumidores que están dispuestos a modificar sus hábitos de consumo e incluso a pagar un precio superior, siempre y cuando sus expectativas al adquirir estos bienes y servicios se vean satisfechas; y el interés de los competidores que buscan preservar su rentabilidad». Dado que el impacto de las decisiones de los consumidores es decisivo para el desarrollo y consolidación de ese mercado, resulta crucial proteger y empoderar a los consumidores, a fin de que puedan contribuir activamente a la consolidación de la transición ecológica que se pretende².

Esta Directiva se ve complementada por la Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE)

¹ A la vista de los objetivos definidos en el Considerando núm. 1, A. J. TAPIA HERMIDA, «Decálogo europeo del consumo sostenible y de la batalla contra el *greenwashing*», *Diario La Ley*, núm. 10498, 2024, pp. 1 y 2 (versión electrónica), señala que el marco normativo en el que se inserta esta Directiva (UE) 2024/825 es el de la sostenibilidad, que ofrece, en la normativa de la UE, cuatro caras principales: la sostenibilidad empresarial, la ambiental, la corporativa y la consumidora; encaja concretamente en la regulación del consumo sostenible en el seno de la UE.

² J. NOVAL PATO, «El blanqueo ecológico (*greenwashing*) como conducta competitiva desleal», *Revista de derecho mercantil*, núm. 334, 2024, pp. 2 y 3.

2019/771 y (UE) 2020/1828 (en adelante, Directiva (UE) 2024/1799), que constituye un paso adelante en la armonización de las disposiciones de la Unión Europea en el ámbito del derecho a reparar, facilitando el acceso de las personas consumidoras a opciones que prolonguen la vida útil de los productos en lugar de sustituirlos. Esta norma —cuyo plazo de trasposición se extiende hasta el 31 de julio de 2026— establece los requisitos de reparabilidad para una serie de bienes determinados por los actos jurídicos de la Unión Europea incluidos en el Anexo II de la Directiva, fomentando prácticas de consumo sostenible y reduciendo el volumen de residuos generados. La reparación, como alternativa al reemplazo prematuro de productos, constituye un elemento esencial para la implementación de estrategias de economía circular y contribuye al cumplimiento de los objetivos del Pacto Verde Europeo³.

En España, los trabajos para trasponer ambas directivas se han iniciado ya; el pasado 1 de julio, el Consejo de Ministros aprobó en primera vuelta el Anteproyecto de Ley de Consumo Sostenible⁴.

Así las cosas, en el presente trabajo nos proponemos analizar esos deberes informativos que incorpora la nueva normativa, a fin de que los consumidores puedan tomar decisiones de compra sostenibles con conocimiento de causa.

2. **GREENWASHING: BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y ALGUNOS EJEMPLOS**

El término *Greenwashing* («lavado verde», en español) tiene su origen en la década de los ochenta. Puede definirse como el conjunto de estrategias de mercado mediante las cuales algunas empresas tratan de aparentar —tanto ellas como sus productos— ser más respetuosas con el medioambiente de lo que realmente son, o, mejor aún, como una práctica —cada vez más extendida en el mercado digital— consistente en presentar productos, servicios o marcas como ambientalmente sos-

³ En 2023, se publicó la Propuesta de Directiva COM (2023) 166, conocida como la «Directiva sobre alegaciones ecológicas», que venía a complementar también la Directiva (UE) 2024/825 (nombrada, a veces, como Directiva sobre Declaraciones medioambientales); su objetivo era ampliar significativamente el marco regulador del *greenwashing*, estableciendo requisitos detallados sobre la verificación, comunicación y fundamentación de las afirmaciones ambientales voluntarias y las etiquetas ecológicas; incluía la obligación de que toda afirmación ambiental explícita —ya sea textual o mediante una etiqueta— fuera verificada por un organismo acreditado, conforme al Reglamento (CE) núm. 765/2008 y trataba de abrir nuevas vías para que tanto consumidores como entidades pudieran presentar reclamaciones contra empresas que incurrieran en prácticas de blanqueo ecológico. Tras meses de negociación, el pasado 20 de junio la Comisión Europea anunció su intención de retirar esta propuesta.

⁴ Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/paginas/2025/20250701-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx#consumo> (última consulta realizada 30 de octubre de 2025).

tenibles sin el suficiente respaldo técnico, científico o normativo⁵. Se trata, en definitiva, de una práctica de marketing engañosa —carente de respaldo técnico, científico y normativo suficiente— a la que recurren determinadas empresas en su actividad publicitaria con el fin de mejorar su imagen corporativa, una práctica mediante la cual capitalizan la preocupación social por el medio ambiente para atraer consumidores preocupados y sensibilizados con la sostenibilidad y de esa forma mantenerse en el mercado.

Son conocidos los casos de *greenwashing* en campañas de comunicación y publicidad de grandes multinacionales de sectores tan variados como el petróleo, la moda, la cosmética, electrodomésticos, la tecnología móvil, la decoración o las cadenas de cafeterías y comida rápida. La forma a través de la cual se ejerce esa desinformación por parte de las empresas es muy variada:

- Promocionando una línea de productos como «ecofriendly», cuando, en realidad, eran iguales que los convencionales, sin aportar prueba alguna que avalara esa diferenciación.

- Desviando la atención mediante la promoción de una parte muy residual de su negocio, que no se extrapola al resto de actividad de la compañía.

- Con afirmaciones o reconocimientos beneficiosos sobre un producto de las que no se aportaba la fuente.

- Utilizando adjetivos inspiradores en los nombres y eslóganes y dejando la parte informacional oculta en la letra pequeña.

- Destacando imágenes o datos aparentemente positivos, pero realmente irrelevantes para la sostenibilidad de ese producto en cuestión.

- Realizando campañas publicitarias en las que exageran los esfuerzos sostenibles, los logros ambientales.

- Realizando declaraciones de intenciones «verdes», mientras, paralelamente, se llevan a cabo actividades de lobby contra regulaciones medioambientales.

- Presentando como un logro voluntario conductas que, en realidad, son exigidas por la ley.

En España, la primera sentencia en materia de ecopostureo se dictó el pasado 21 de febrero de 2025 por parte del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Santander⁶; dicha sentencia resuelve el litigio entablado por

⁵ P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Reparar, informar, transformar: anatomía crítica del nuevo marco legal para un consumo sostenible en España», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 55/2025, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10403193> (último acceso 14/10/2025), p. 72.

⁶ SJM núm. 2 de Santander de 21.02.2025 (ECLI:ES:JMS:2025:7).

Iberdrola contra Repsol en febrero de 2024, poco antes de la aprobación de la Directiva (UE) 2024/825. IBERDROLA ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U. se presenta como empresa comercializadora de energía eléctrica en España, competidora directa de REPSOL COMERCIALIZADORA DE ELECTRICIDAD Y GAS, S.L.U, entidad del grupo Repsol que, habiéndose dedicado tradicionalmente a los hidrocarburos, entró en el sector eléctrico en 2018, tras adquirir VIESGO GENERACIÓN SLU. En la demanda, sostiene que el contenido de la web corporativa de REPSOL y de tres campañas publicitarias promueve una imagen de sostenibilidad, respeto al medio ambiente y liderazgo en la transición energética que vulnera los art. 5 y 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal (en adelante, LCD), confundiendo al consumidor en sus decisiones de compra. La sentencia expone con detenimiento los requisitos de las acciones y omisiones engañosas como infracciones de la competencia y valora en profundidad la prueba practicada, desestimando la pretensión; refiriéndose a una de las campañas, afirma incluso que no cabe apreciar alegación medioambiental alguna en el acto publicitario sino un mero reclamo basado en el ahorro⁷. La batalla judicial contra el ecopostureo acaba de empezar y este asunto del que nos hacemos eco tiene visos de llegar al Tribunal Supremo.

3. DEBERES INFORMATIVOS

Habiéndose constatado que las afirmaciones medioambientales vagas, engañosas o infundadas —conocidas como *greenwashing*— representan un obstáculo para la toma de decisiones informadas por parte de los consumidores y distorsionan la competencia en el mercado interior, la Directiva (UE) 2024/825 modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE para introducir restricciones más estrictas al uso de

⁷ Un comentario de la misma puede verse en P. REBOLLO DÍAZ, «Primer caso de ecopostureo o *Greenwashing* en los tribunales españoles. Comentario de la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Santander, de 21 de febrero de 2025», *Diario La Ley*, núm. 10680, 2025, pp. 1-13 (versión electrónica). Tanto él como A. CALVERAS MARISTANY, «Contra el *greenwashing*: qué puede cambiar con la nueva directiva europea», 25 de septiembre de 2025, en <https://nadaesgratis.es/aleix-calveras/contra-el-greenwashing-que-puede-cambiar-con-la-nueva-directiva-europea> (última consulta realizada 31 de octubre de 2025) consideran que el fallo podría haber sido distinto de haber estado ya en vigor en aquel momento la Directiva (UE) 2024/825 y su norma de trasposición. Sobre esta sentencia puede verse también C. AMOR, «Primera decisión judicial en España sobre *Greenwashing*», 17 de marzo de 2025, en <https://baylos.com/blog/primera-decision-judicial-en-espana-sobre-greenwashing> (última consulta realizada 31 de octubre de 2025); P. MAZA, «Publicidad Engañosa y Competencia Desleal: Jurisprudencia clave y cómo defenderte (SJM S/7/2025)», 28 de mayo de 2025, en <https://pablomazaabogado.es/jurisprudencia/publicidad-enganosa-greenwashing-repsol/> (último consulta realizada 31 de octubre de 2025); J.P. MAZA CORREA, «Publicidad Engañosa y Competencia Desleal: Jurisprudencia clave y cómo defenderte (SJM S/7/2025)», 5 de julio de 2025, en <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/publicidad-enganosa-y-competencia-desleal-jurisprudencia-clave-y-como-defenderte-sjm-s-7-2025-1.html> (última consulta realizada 31 de octubre de 2025).

términos ambientales como «ecológico», «sostenible» o «neutral en carbono», exigiendo verificación objetiva, trazabilidad y transparencia en los distintivos de sostenibilidad; asimismo, refuerza el régimen de prácticas comerciales desleales, incluyendo expresamente los comportamientos relacionados con la obsolescencia temprana, las actualizaciones de *software* engañosas y la publicidad medioambiental sin sustento técnico o científico. La Directiva (UE) 2024/1799, por su parte, reconoce un auténtico «derecho a reparar» en favor del consumidor.

Ambas disposiciones tratan de blindar al consumidor para facilitarle la mejor información posible, de modo que pueda tomar decisiones de consumo sostenibles⁸, imponiendo a los comerciantes la obligación de proporcionar a los consumidores información clara, pertinente y fiable sobre los productos, y ampliando la lista negra de prácticas engañosas que pueden alterar su comportamiento en relación con las decisiones a tomar que contribuyan a un consumo sostenible.

Veamos el alcance de la reforma.

3.1. Deberes informativos relacionados con el blanqueo ecológico de bienes o servicios de consumo. Afirmaciones medioambientales y afirmaciones sociales

Siguiendo la estela de la Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2019, sobre el Pacto Verde Europeo de permitir a los compradores tomar decisiones más sostenibles y reducir el riesgo de blanqueo ecológico mediante información fiable, comparable y verificable⁹,

⁸ Considerando núm. 1 Directiva (UE) 2024/825: «[...] deben introducirse normas específicas en el Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores para 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. Estas normas van a permitir a los organismos nacionales competentes abordar eficazmente tales prácticas. Garantizar que las afirmaciones medioambientales sean veraces, comprensibles y fiables va a permitir a los comerciantes operar en igualdad de condiciones y, a los consumidores, elegir productos que sean realmente mejores para el medio ambiente que los productos competidores. Esto fomentará la competencia orientada hacia productos más sostenibles desde el punto de vista medioambiental, reduciendo con ello el impacto negativo en el medio ambiente».

Considerando núm. 1 Directiva (UE) 2024/1799: «La Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo (4) persigue la finalidad de mejorar el funcionamiento del mercado interior, y de a la vez alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores, así como una mayor circularidad dentro de la economía. En el contexto de la transición ecológica, la presente Directiva persigue el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior, promoviendo al mismo tiempo un consumo más sostenible, con lo que se complementa el objetivo perseguido por la Directiva (UE) 2019/771».

⁹ Sobre la delimitación conceptual de las conductas de blanqueo ecológico, puede verse A. MIRANDA ANGUITA, «Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la ju-

la Directiva (UE) 2024/825, de 28 de febrero de 2024, modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en materia de prácticas comerciales desleales e información precontractual, con el propósito de asegurar que los consumidores dispongan de información fiable, verificable y suficiente sobre las características medioambientales y sociales de los bienes y servicios, así como de protegerles frente a prácticas engañosas basadas en la ecología aparente (*greenwashing*), la obsolescencia prematura o la percepción del riesgo.

«Para que los consumidores puedan tomar decisiones mejor informados y estimular así la demanda y la oferta de bienes más sostenibles» —argumenta el legislador comunitario en el Considerando núm. 3— «no deben ser inducidos a error sobre las características medioambientales o sociales o los aspectos de circularidad de un producto, como su durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad, a través de la presentación general del producto». Procede, en consecuencia, modificar el art. 6.1 de la Directiva 2005/29/CE para añadir las características medioambientales y sociales y los aspectos de circularidad a la lista de las principales características del producto con respecto a las cuales las prácticas del comerciante pueden considerarse engañosas, tras un análisis caso por caso. En este orden de cosas, recuerda que la información que proporcionan los comerciantes sobre las características sociales de un producto a lo largo de su cadena de valor «puede referirse, por ejemplo, a la calidad y la equidad de las condiciones de trabajo del personal implicado, como, por ejemplo, salarios adecuados, protección social, seguridad en el entorno de trabajo y diálogo social»; igualmente «puede referirse al respeto de los derechos humanos, a la igualdad de trato y de oportunidades para todos, incluidas la igualdad de género, la inclusión y la diversidad, a las contribuciones a iniciativas sociales o a los compromisos éticos», como podría ser el bienestar animal. Las características medioambientales y sociales de un producto pueden entenderse en un sentido amplio, que incluye los aspectos, el impacto y el comportamiento medioambientales y sociales de un producto. Así las cosas, se dota de la siguiente redacción al referido art. 6.1 b) de la Directiva 2005/29/CE: «Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado»: «b) las

risprudencia comparada. A propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 26, núm. 1, 2024, Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8430> (último acceso 27/10/2025), pp. 429-433 y A. TATO PLAZA, «Sobre el uso de alegaciones medioambientales en la publicidad: estado actual y perspectivas de futuro», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 332, 2024, pp. 4-5.

características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, *sus características medioambientales o sociales*, sus accesorios, *los aspectos de circularidad, como su durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad*, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto»¹⁰. Autores como NOVAL PATO no han dudado en afirmar que esta modificación supone un «avance significativo para facilitar que las prácticas comerciales de blanqueo ecológico puedan ser calificadas como actos de engaño o como omisiones engañosas», pues, aunque sigue siendo imprescindible acreditar dos requisitos para considerar una alegación medioambiental como engañosa —esto es, su aptitud para inducir a error a los destinatarios y su idoneidad para alterar su comportamiento económico— simplifica notablemente la valoración del segundo de ellos¹¹. Apunta el referido autor que la evaluación de la influencia de una alegación medioambiental en el comportamiento económico de los destinatarios debe hacerse caso por caso, para determinar en qué medida el error inducido por la práctica comercial influye en la concreta toma de decisiones por los destinatarios, tomando como referencia el consumidor medio; y concluye que parece que en dicha tarea «tendrá especial peso el hecho de que la fundamentación de las características medioambientales, por su carácter técnico, a diferencia de otras características de los bienes o servicios, difícilmente podrán ser verificadas directamente por un consumidor “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, por mucho que el umbral de formación, atención y pautas de comportamiento de ese consumidor medio sea elevado por formar parte de un círculo restringido de consumidores, esto es, el círculo de consumidores constituido por aquellos que están especialmente interesados en el consumo de bienes o servicios sostenibles»¹². A la caracterización del consumidor medio

¹⁰ El texto subrayado corresponde a los incisos que se introducen en el precepto.

¹¹ J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 8. La falta de una mención explícita de las alegaciones medioambientales en ese catálogo —recuerda— complicaba la tarea de demostrar la capacidad de los abusos de blanqueo ecológico para ser calificados como prácticas comerciales engañosas, habiéndose explorado varias alternativas que resultaban problemáticas.

¹² J. NOVAL PATO, *op. cit.*, pp. 8 y 9. En la necesidad de evaluar caso por caso insiste también L. PRESICCE, «El legislador europeo contra el *greenwashing* derivado de la comunicación comercial y la obsolescencia programada: la nueva directiva para empoderar a los consumidores y favorecer la transición ecológica», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 147, 2024, p. 12; Doi: <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00374>; llama la atención esta autora, en primer lugar, sobre el hecho de que el precitado art. 6 restringe la calificación de engañosas únicamente a aquellas afirmaciones que induzcan o puedan inducir a error al consumidor medio, incluso si la información es veraz en cuanto a los hechos pero no es completa, y que influya o pueda influir en la toma de decisiones del consumidor respecto a una transacción que de otro modo no habría realizado,

destinatario de la práctica comercial alude la precitada SJM núm. 2 Santander de 21.02.2025¹³, destacando la relevancia de los estudios demoscópicos a estos efectos¹⁴.

Ahora bien, llama la atención que el legislador defina la «afirmación medioambiental» en el nuevo art. 2.1o) de la Directiva 2005/29/CE como «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, 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 no introduzca, al mismo tiempo, una definición de «afirmación o alegación social», especialmente a la vista de lo manifestado en el precitado Considerando núm. 3, en el que se incide en el posible contenido de esa información¹⁵.

En punto a la expresión «comunicación comercial», no podemos dejar de hacer referencia de nuevo a la SJM núm. 2 de Santander de 21.02.2025¹⁶; en ella, se descarta la consideración de las afirmaciones contenidas en la web corporativa de REPSOL como acto publicitario y

pero no se refiere a si el engaño por parte del comerciante ha sido doloso o negligente; ello se debe —explica— a que el art. 2h) de la Directiva «considera falta de diligencia debida el mero hecho de engañar, por lo cual no se valora la intencionalidad del engaño, sino la objetividad del hecho»; y en segundo lugar, sobre el hecho de que no se exige el requisito de la repetición para que dichas afirmaciones sean consideradas engañosas.

¹³ SJM núm. 2 de Santander 21.02.2025 (ECLI:ES:JMS:2025:7).

¹⁴ En el § 98 (FD 12°), afirma: «El término de referencia para el juicio de contraste es el “consumidor medio que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos” (cdo. 18 DPCD). La referencia al consumidor medio “no es una referencia estadística”, debiendo los tribunales “aplicar su propio criterio teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto”». Y, tras recordar la STJUE de 14.11.2024, *Compass Banca SpA* (asunto C 646/22 [ECLI:EU:C:2024:957]), añade en el § 101: «Que el consumidor medio no sea “una referencia estadística” no implica que el juicio deba realizarse exclusivamente sobre máximas de experiencia y los propios conocimientos y percepciones del tribunal. Así se ha dicho [...] que la representación de la realidad que se trata de establecer es un dato ajeno a las partes y al juzgador y por ello, aun siendo un dato de tipo personal, es objetivable y debería resultar de medios de prueba tendentes a demostrar el círculo de destinatarios, la identificación en su seno del consumidor medio, la expectativa que el acto enjuiciado le transmite, y su relevancia para determinar su comportamiento en el mercado. La prueba más adecuada al efecto son los sondeos demoscópicos, si bien no bastaría la simple comprobación de la existencia de un determinado porcentaje de consumidores inducidos a error para considerar concurrente la infracción, pues deberá ser valorada con el resto del acervo probatorio para concluir la impresión del destinatario medio».

¹⁵ Muestra su extrañeza a este respecto también J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ SJM núm. 2 de Santander de 21.02.2025 (ECLI:ES:JMS:2025:7).

práctica comercial con los consumidores. En el FD núm. 10, el magistrado plantea sus dudas en tanto en cuanto la práctica desleal debería estar directamente relacionada con la promoción, venta o suministro de un producto a los consumidores, lo que parece ser un propósito contrario a la naturaleza y contenido propio de una web corporativa, y más natural del resto de canales de relación con los consumidores de los que se dota Repsol (web comercial y diversos canales de comunicación publicitaria). En el § 82, afirma que: «La web corporativa es una imposición del legislador (art 11 bis LSC) para las sociedades cotizadas y para unas determinadas finalidades. La DGRN de 10 de octubre de 2012 diferenció en este sentido la web corporativa de otras con fines comerciales o de marketing: «Por web corporativa no se quiere decir cualquier página web que la sociedad tenga abierta en Internet (por ejemplo, a fines comerciales o de marketing) sino aquella página web que cumpla con las funciones intra y extra societarias mínimas que la Ley le atribuye en los actuales artículos 11 bis, 11 ter y 11 quáter de la Ley de Sociedades de Capital. Obviamente, la existencia y correcto funcionamiento sin interrupciones de esa web sirve a los intereses internos (comunicaciones entre la sociedad y los socios) pero también puede satisfacer el derecho e interés de terceros cualificados como son los trabajadores o servir de instrumento de información o/ comunicación con acreedores y demás terceros. Ciertamente, de haberse oportuna y regularmente creado, la web corporativa debe servir, entre otras cosas, para insertar en ella anuncios de convocatoria...». «Una web corporativa» —añade en el § 83— «se dirige a los diferentes públicos de interés (inversores, stakeholders, potenciales empleados, instituciones, estados, organizaciones, agencias, etc.) para informar sobre su posicionamiento en temas significativos, modelo de negocio, resultados, inversiones, valores, etc., y con finalidades corporativas incluso de convocatorias y anuncios, pero no tiene por objeto la comercialización o promoción de productos». Ahora bien, consciente de que, en el ámbito doctrinal, se ha manifestado que esta exigencia de relación directa con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios no puede implicar la «exclusión de actuaciones que tienen por objeto la mejora de la imagen de un determinado oferente, de su actividad o del conjunto de su oferta (como es el caso de la publicidad corporativa, el patrocinio, las relaciones públicas o actuaciones de responsabilidad social)»¹⁷ y que 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 (2021/C526/01)¹⁸ (apdo 2.3) apuesta también por

¹⁷ Véase J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 21.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, «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

incluir en el concepto de práctica comercial las declaraciones éticas, de responsabilidad social y medioambientales relativas a la empresa, dado que «pueden influir en la decisión sobre una transacción de un consumidor que tenga que elegir entre dos productos competidores de calidad y precio similares», rechaza plantear la cuestión atendiendo simplemente a la ubicación formal de las alegaciones en uno u otro tipo de página web y estima necesario analizar cada una de las afirmaciones contenidas en la web para comprobar si tienen un tono y finalidad comercial o corporativo. La conclusión contraria a la aptitud de la web corporativa para vehiculizar propuestas de venta o promoción de servicios a los consumidores se expone en los § 125 y 126 en los siguientes términos: «Me resulta muy difícil considerar como práctica desleal las menciones en la misma relativas a los atributos de la empresa, no dirigidos a concretos productos o servicios, sino a los compromisos de la empresa en general. Ello atendiendo su tono y contenido y teniendo en cuenta el mínimo tráfico desde la web corporativa a la comercial (...) No se trata de una comunicación comercial dirigida de modo directo o indirecto (a través de reportajes, influencers, campañas publicitarias, banners, branded contents, etc.) a los consumidores, sino del contenido de la web corporativa a la que el consumidor está accediendo voluntariamente sin ningún estímulo o sugerencia previa, ni constancia de haber sido remitido a ella desde otra ubicación (por ejemplo desde la web comercial o campañas publicitarias on line), de lo que debemos concluir que el interés, la selección inicial de posibles empresarios, ya estaba tomada con anterioridad» (§ 125); «Una web corporativa se dirige fundamentalmente a los inversores y grupos de interés, pero la demanda ejercita acción B2C, como práctica comercial, no B2B. Entiendo que el contenido de esta web no tiene un tono de eslogan promocionado productos o servicios, sino de aportación de información sobre la evolución y naturaleza de la empresa y sus compromisos y aspiraciones. No se presenta como “comercial” dirigida a la promoción o venta de sus productos a los consumidores. A este efecto Repsol cuenta con otros instrumentos (la web comercial y campañas neta y claramente publicitarias). Si bien algunas campañas se han puesto en duda, nada se ha dicho de la web comercial en la demanda, por lo que debo entender que no presentan alegaciones medioambientales. La web corporativa dado su público natural, no precisa contener links a la comercial. Pero el hecho de que los tenga en algún caso, puede entenderse como un indicio más de la ausencia de propósito o tono comercial, que por eso necesita remitir al canal comercial a los posibles interesados. No constan alegaciones dudosas en dicha web comercial, ni tráfico desde la web comercial a la corporativa, donde las alegaciones denunciadas se

de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (2021/C526/01)», *DOCE*, 29 de diciembre de 2021, pp. 1-128, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.526.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A526%3ATOC (último acceso 27/10/2025).

encuentran. No resultan tampoco circunstancias, como pudieran ser campañas publicitarias paralelas sobre productos concretos que pudieran llevar a esperar que las afirmaciones controvertidas pudieran mover al consumidor medio a entender que las afirmaciones en la web corporativa implican que la rama de negocio de combustibles fósiles tiene nulo o menor impacto ambiental» (§ 126).

El legislador comunitario reacciona igualmente ante las afirmaciones medioambientales, particularmente las relacionadas con el clima, que están cada vez más relacionadas con el comportamiento futuro en forma de transición hacia la neutralidad en carbono o la neutralidad climática, u otro objetivo similar, antes de una fecha determinada en el Considerando núm. 4. A fin de garantizar la veracidad y la credibilidad de tales afirmaciones, estima necesario modificar el art. 6.2, de la Directiva 2005/29/CE «para prohibir tales afirmaciones, tras un análisis 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». Dicho plan de ejecución —explica en el referido Considerando núm. 4— «debe incluir todos los elementos pertinentes necesarios para cumplir los compromisos, tales como recursos presupuestarios y avances tecnológicos, cuando proceda y de conformidad con el Derecho de la Unión. Esas afirmaciones también deben ser verificadas por un tercero experto, que debe ser independiente del comerciante, no tener conflictos de intereses, disponer de experiencia y competencia en cuestiones medioambientales y estar facultado para supervisar los avances del comerciante periódicamente en relación con los compromisos y las metas, incluidos los hitos para alcanzarlos». Los comerciantes, por su parte, «deben garantizar que las conclusiones periódicas del tercero experto se encuentren a disposición de los consumidores».

Asimismo reputa potencialmente engañosa en el Considerando núm. 5 la práctica comercial consistente en «anunciar beneficios para los consumidores que son irrelevantes y que no están directamente relacionados con ninguna característica de ese concreto producto o empresa y que podrían inducir a los consumidores a creer erróneamente que dicho producto o empresa es más beneficioso para los consumidores, el medio ambiente o la sociedad que otros productos o empresas comerciales del mismo tipo, por ejemplo, al afirmar que una determinada marca de agua embotellada no contiene gluten o que las hojas de papel no contienen plástico».

Estas consideraciones llevan al legislador comunitario a introducir dos nuevos apartados en el art. 6.2 de la Directiva 2005/29/CE, que quedaría con la siguiente redacción: «También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en

cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga: (...) d) 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; e) anunciar beneficios para los consumidores que sean irrelevantes y que no se deriven de ninguna característica del producto o de la empresa». Dichos apartados deben ponerse en relación con la previsión del art. 6.2c) Directiva 2005/29/CE (introducida por la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo y aplicada por los Estados miembros desde el 28 de mayo de 2022), que considera «engañosos toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga: c) cualquier operación de comercialización de un producto, en un Estado miembro, como idéntico a un producto comercializado en otros Estados miembros, cuando dicho producto presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos»¹⁹. Y

¹⁹ En el Considerando núm. 14, recuerda el legislador comunitario que la Comisión debía evaluar e informar en 2024 sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2019/2161, incluido este art. 6.2c), de la Directiva 2005/29/CE y si estas prácticas debían someterse a requisitos más estrictos, incluida la prohibición del anexo I. Pues bien, en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de 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, de 18 de junio de 2024, la Comisión concluyó que la experiencia en cuanto a la aplicación y las encuestas realizadas a efectos del presente informe muestran percepciones distintas con respecto a la importancia de los problemas relativos a la «calidad dual», existiendo Estados miembros en los que sigue siendo motivo de preocupación. En relación con las modificaciones pertinentes introducidas por la Directiva sobre la modernización, en general, —puntualiza— «los Estados miembros parecen satisfechos con las posibilidades que brinda ahora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales para adoptar medidas en relación con las prácticas de comercialización de “calidad dual” cuando estén justificadas para proteger a sus consumidores, es decir, en función de cada caso. Varias autoridades nacionales valoraron positivamente su cooperación informal con la industria para resolver los problemas detectados». Por otra parte, «el estudio más reciente de la Comisión sobre los productos alimentarios a escala de la UE demuestra que en la industria se han estado adoptando medidas para cambiar la presentación de las distintas versiones nacionales, para evitar que se induzca a error a los consumidores, o armonizar sus recetas y su composición en el conjunto de los Estados miembros». Así las cosas, teniendo que en cuenta que la nueva normativa entró en vigor hace sólo dos años, estima «necesario centrarse en la implementación y la aplicación

es que, tal y como se indica en el Considerando núm. 14, las nuevas disposiciones contra las prácticas de blanqueo ecológico deben aplicarse también a prácticas tales como comercializar versiones del mismo producto en distintos Estados miembros como si fueran idénticas, a pesar de presentar diferencias significativas como recoge el art. 6.2c) de la Directiva 2005/29/CE. Sorprende, sin embargo, que en el nuevo art 6.2d) relativo a las afirmaciones sobre compromisos futuros se aluda únicamente a las afirmaciones medioambientales, omitiendo cualquier referencia a las de carácter social²⁰.

Consciente de que una de las técnicas que se utilizan cada vez más en la comercialización consiste en comparar productos sobre la base de sus características medioambientales o sociales o de los aspectos de circularidad, como su durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad y la posibilidad de que resulte engañosa para los consumidores, quienes no siempre son capaces de valorar la fiabilidad de esa información, apuesta en el Considerando núm. 6 por modificar el art. 7 de la Directiva 2005/29/CE «para exigir que los comerciantes suministren a los consumidores información sobre el método de comparación, sobre los productos objeto de la comparación y los proveedores de dichos productos, y sobre las medidas aplicadas para mantener la información actualizada»²¹. Se pretende garantizar así que los consumidores tomen sus decisiones sobre transacciones mejor informados cuando se apoyen en tales comparaciones, que dichas comparaciones no induzcan a error a los consumidores y sean «objetivas, en particular, mediante la comparación de productos que cumplan la misma función, la utilización de un método común e hipótesis comunes y la comparación de características

de las nuevas normas». Y, a la vista de las conclusiones del Consejo Europeo del 17 y el 18 de abril de 2024, manifiesta que «seguirá ayudando a los Estados miembros en su esfuerzo por abordar los casos de «calidad dual» preocupantes, apoyando la cooperación por medio de la Red de Cooperación en materia de Protección de los Consumidores, promoviendo una implementación y una aplicación efectivas de la nueva legislación, y sin dejar de vigilar la situación en los mercados». Autores como L. PRESICCE, *op. cit.*, p. 12, consideran «discutible que no se haya introducido ninguna previsión específicamente ambiental a la llamada “comercialización dual”».

²⁰ Coincidimos también en este punto J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 10.

²¹ La referencia a las comparaciones es recurrente en las diferentes guías que se han publicado. Sirvan como muestra MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, CONSUMO Y AGENDA 2030, «Guía de comunicación sostenible: cómo incluir información medioambiental en tus estrategias y campañas», Madrid, 2023, en <https://www.dsca.gob.es/es/publicacion/guia-comunicacion-sostenible-version-castellano> (última consulta realizada 27 de octubre de 2025) pp. 27-28; COMISIÓN EUROPEA, «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 (2021/C526/01)», DOCE, 29 de diciembre de 2021, pp. 83-84; AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION (ACCC), «Making environmental claims. A guide for business», December 2023, en <https://www.accc.gov.au/about-us/publications/a-guide-to-making-environmental-claims-for-business> (última consulta realizada 27 de octubre de 2025), pp. 9-10; MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, «Guía para el cálculo de la huella de carbono y para la elaboración de un plan de mejora de una organización», Madrid, junio 2024.

fundamentales y verificables de los productos que se estén comparando». Añade así un nuevo apartado al art. 7 de la Directiva 2005/29/CE (el art. 7.7), que determina que «Cuando un comerciante preste un servicio que compare productos y proporcione al consumidor información sobre las características medioambientales o sociales o sobre aspectos de circularidad, como la durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad, la información sobre el método de comparación, los productos objeto de la comparación y los proveedores de dichos productos, así como las medidas impuestas para mantener dicha información actualizada, se considerarán información sustancial»²².

En este punto, conviene llamar la atención sobre el hecho de que las comparaciones sólo serán válidas si se refieren a características relevantes de bienes y servicios de una misma categoría, con propiedades y funciones similares; además, es necesario que los bienes y servicios de los competidores elegidos sean verdaderamente representativos del mercado en su totalidad y no de competidores secundarios o marginales²³; la utilidad y efectividad de las comparaciones, por otra parte, depende de que se especifique la característica concreta que se está evaluando, de modo que el consumidor pueda identificar con certeza el atributo específico, y no genérico, que se compara, y se presenten los resultados de forma clara; deben evaluarse los mismos factores, calculados según los mismos criterios y unidades de comparación, y compararse versiones contemporáneas del producto o servicio, no versiones anteriores²⁴.

Estas medidas se complementan con la modificación del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, que incorpora al elenco de prácticas desleales prohibidas, como prácticas comerciales engañosas, las que siguen:

— «Exhibir un distintivo de sostenibilidad que no esté basado en un sistema de certificación o no haya sido establecido por las autoridades públicas» (apdo 2 bis)²⁵. Los distintivos de sostenibilidad —como

²² «Toda aquella información que recae sobre las características “medioambientales o sociales” relacionadas con la circularidad» —afirma J. AVILÉS GARCÍA, *Hacia un consumo sostenible: Compraventas de bienes, suministros digitales y nuevas medidas legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 405, a la vista de estos preceptos— «pasan a ser determinantes a efectos de no incurrir en prácticas omisivas tipificadas como falsas o engañosas. Esta información definida como «sustancial» incluye aspectos novedosos que van desde el propio método de comparación utilizado por el comerciante o empresario, a particulares características de los productos objeto de comparación, la propia identificación de los proveedores, o la exigencia de mantener en el tiempo para el consumidor medio una información actualizada de los bienes».

²³ A la necesidad de tomar en consideración los principios de pertinencia y relevancia cuando las alegaciones implican comparaciones del impacto medioambiental de bienes y servicios se refiere expresamente J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 4.

²⁴ La importancia de respetar el principio de precisión y claridad es resaltada también por J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 4 y 5, y nota al pie núm. 28.

²⁵ Dicho de otro modo, se impide la utilización de distintivos de sostenibilidad no regulados o sin trazabilidad pública.

pone de relieve el legislador comunitario en el Considerando núm. 7— pueden referirse a muchas características de un producto, proceso o empresa, y es esencial garantizar su transparencia y credibilidad. De ahí que deba prohibirse la exhibición de distintivos de sostenibilidad que no se basen en un sistema de certificación o que no hayan sido establecidos por las autoridades públicas. Antes de exhibir un distintivo de sostenibilidad, el comerciante debe garantizar que, con arreglo a las condiciones disponibles públicamente del sistema de certificación, el distintivo cumple unas condiciones mínimas de transparencia y credibilidad, incluida la existencia de una supervisión objetiva del cumplimiento de los requisitos del sistema. Dicha supervisión debe llevarse a cabo por un tercero cuya competencia e independencia tanto del propietario del sistema como del comerciante estén garantizadas mediante normas técnicas y procedimientos internacionales, de la Unión o nacionales (ej. demostrando el cumplimiento de las normas técnicas internacionales pertinentes, como la norma ISO 17065 «Evaluación de la conformidad. Requisitos para organismos que certifican productos, procesos y servicios», o mediante los mecanismos previstos en el Reglamento (CE) 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo)²⁶. Advierte el legislador, no obstante, que sigue siendo posible exhibir distintivos de sostenibilidad sin un sistema de certificación cuando dichos distintivos son establecidos por una autoridad pública o cuando se utilizan formas adicionales de expresión y presentación de alimentos conforme a lo dispuesto en el art. 35 del Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo. Ejemplos de distintivos de sostenibilidad establecidos por autoridades públicas son los logotipos que se conceden cuando se cumplen los requisitos de los Reglamentos (CE) 1221/2009 o (CE) 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo. Asimismo, pueden funcionar como distintivos de sostenibilidad algunas marcas de certificación, tal como se definen en el art. 27 de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, si promocionan un producto, proceso o negocio mediante una referencia, por ejemplo, a sus características medioambientales o sociales o a ambas; estas marcas de certificación sólo deben poder ser exhibidas por el comerciante en el caso de que hayan sido establecidas por autoridades públicas o sobre la base de un sistema de certificación. La norma viene así a complementar lo previsto en el apdo 4 del Anexo I de la Directiva

²⁶ Como señala J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 11, se excluye la posibilidad de que el comerciante o profesional utilice un distintivo de concesión propia o gestionada de forma conjunta con otros competidores, pero no se exige que los sistemas de certificación estén bajo el control de las autoridades públicas: son válidos los sistemas privados de certificación siempre y cuando mantengan su autonomía. En la confusión generada en los consumidores por la proliferación, en los últimos años, de sellos y distintivos que certifican la sostenibilidad y la economía circular, otorgados unos por entidades certificadoras públicas, y provenientes otros de entidades privadas no reconocidas, e incluso, en algunos casos, autenticados por las propias empresas sin verificación por parte de un tercero independiente, incide también L. PRESICCE, *op. cit.*, p. 16.

2005/29/CE, que prohíbe afirmar que un comerciante, sus prácticas comerciales o un producto han sido aprobados, aceptados o autorizados por un organismo público o privado cuando no sea el caso, o hacer tal afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización. No se consideran distintivos de sostenibilidad a los efectos de la Directiva (UE) 825/2024, en cambio, las normas técnicas voluntarias basadas en el mercado y las normas técnicas públicas, para los bonos verdes y sostenibles (dichas normas públicas no se dirigen principalmente a los inversores minoristas y deben cumplir unos actos jurídicos específicos). Termina el legislador comunitario instando a las autoridades públicas a promover, en la medida de lo posible y conforme al Derecho de la Unión, medidas que faciliten el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los distintivos de sostenibilidad. Y, en el Considerando núm. 8, puntualiza que, cuando la exhibición de un distintivo de sostenibilidad implique una comunicación comercial que sugiera o cree la impresión de que un producto tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente o es menos perjudicial para el medio ambiente que los productos de la competencia, debe considerarse que ese distintivo de sostenibilidad constituye una afirmación medioambiental.

— «Realizar una afirmación medioambiental genérica para la que el comerciante no pueda demostrar un comportamiento medioambiental excelente reconocido relevante para la afirmación» (apdo 4 bis). La «afirmación medioambiental genérica» se define en el nuevo art. 2.1p) de la Directiva 2005/29/CE como «toda afirmación medioambiental, hecha por escrito u oralmente, también en medios audiovisuales, que no esté incluida en un distintivo de sostenibilidad, y que no venga especificada en términos claros y visibles en el mismo soporte». Entre los ejemplos de afirmaciones medioambientales genéricas se incluyen —a tenor del Considerando núm. 9— «"respetuoso con el medio ambiente", "amigo del medio ambiente", "verde", "bueno para la naturaleza", "ecológico", "inocuo para el medio ambiente", "respetuoso con el clima", "delicado con el medio ambiente", "inocuo en términos de carbono", "eficiente desde el punto de vista energético", "biodegradable", "de origen biológico" o declaraciones similares que sugieren o crean la impresión de un comportamiento medioambiental excelente». Estas afirmaciones medioambientales genéricas deben prohibirse cuando no pueda demostrarse ningún comportamiento medioambiental excelente reconocido²⁷; se impide, así, el uso de alegaciones ambientales genéricas («eco», «verde», «sostenible», «climáticamente neutro») sin acreditación mediante sistemas de certificación verificables²⁸. El

²⁷ Apunta J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 11, que «estas alegaciones son engañosas por naturaleza, pues es inherente a ellas inducir a error sobre el verdadero impacto medioambiental del producto o servicio en las características aludidas y, en caso de ser positivo, sobre la magnitud de dicha incidencia».

²⁸ Como apunta J. AVILÉS GARCÍA, *op. cit.* 404, «Las "afirmaciones medioambientales" o declaraciones ecológicas publicitarias sobre bienes o grupos de bienes, pasan a verificarse

referido Considerando diferencia entre afirmaciones medioambientales genéricas y afirmaciones medioambientales específicas y entiende que no estamos ante una afirmación medioambiental genérica en aquellos casos en que la especificación de la afirmación medioambiental se proporcione en términos claros y visibles en el mismo soporte, como podría ser el mismo anuncio publicitario, el mismo envase del producto o la misma interfaz de venta en línea. A título de ejemplo, señala que «la afirmación “envase respetuoso con el clima” sería una afirmación genérica», mientras que la afirmación «el 100 por 100 de la energía utilizada para producir estos envases procede de fuentes renovables», sería una afirmación específica, a la que no se aplicaría esta prohibición. Termina aclarando que «una afirmación hecha por escrito o de manera oral, combinada con afirmaciones implícitas, como colores o imágenes, podría constituir una afirmación medioambiental genérica».

¿Y cómo puede demostrarse el comportamiento medioambiental excelente reconocido?²⁹ Mediante el cumplimiento del Reglamento (CE) 66/2010 o los sistemas de etiquetado ecológico en ISO 14024 reconocidos oficialmente en los Estados miembros, o, en el caso de una característica medioambiental específica, ajustándose al rendimiento medioambiental de conformidad con otros actos jurídicos aplicables de la Unión, como, por ej., una clase A de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo, según indica el Considerando núm. 10, que continúa precisando que «El comportamiento medioambiental excelente reconocido en cuestión debe ser pertinente para la afirmación en su conjunto». En este orden de cosas, «podría hacerse una afirmación medioambiental genérica tal como “eficiente energéticamente” basada en un comportamiento medioambiental excelente reconocido de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/1369», pero no «una afirmación medioambiental genérica tal como “biodegradable” basada en un comportamiento medioambiental excelente reconocido de conformidad con el Reglamento (CE) 66/2010», pues los criterios específicos de la etiqueta ecológica de la UE relacionados con el producto en cuestión no incluyen requisitos de

conforme a nuevos parámetros o requisitos legales de ecodiseño reglados bajo un sistema de certificación objetiva».

²⁹ Refiriéndose a la dificultad de los consumidores para verificar las alegaciones medioambientales (a diferencia de las relativas a otras características de los bienes y servicios), ya que su comprobación suele requerir conocimientos técnicos especializados e incluso la realización de pruebas específicas, J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 5, señala que, para suplir esa limitación, resulta especialmente «útil recurrir a sistemas de certificación, acompañados de los correspondientes sellos o etiquetas, que asuman la tarea de comprobar y garantizar la veracidad de las ventajas alegadas por los comerciantes y profesionales. En caso de hacer públicos los estudios, lo más adecuado, por razones de espacio y accesibilidad, es dejar disponible esa información a través de una página web o un código QR. Esta buena práctica debe estar presidida por el principio de claridad, por lo que conviene ponderar si es más adecuado publicar el estudio completo o simplemente un resumen, evitando así que una sobrecarga de información se convierta en desinformación».

biodegradabilidad. Tampoco cabe «hacer una afirmación genérica como “consciente”, “sostenible” o “responsable” basada exclusivamente en un comportamiento medioambiental excelente reconocido», ya que dichas afirmaciones se refieren no sólo a las características medioambientales sino también a otras, como las sociales.

— «*Realizar una afirmación medioambiental sobre la totalidad del producto o sobre toda la empresa del comerciante cuando solo se refiera a un determinado aspecto del producto o a una actividad específica de la empresa del comerciante*» (apdo 4 ter). Según el Considerando núm. 11, esta prohibición se aplicaría, por ejemplo, a un producto que se comercialice como «fabricado con material reciclado», dando la impresión de que todo el producto está hecho de material reciclado, cuando, en realidad, lo único que está fabricado con material reciclado es el envase, o al supuesto en que el comerciante da la impresión de estar usando únicamente fuentes de energía renovable cuando, en realidad, varias de sus instalaciones empresariales siguen utilizando combustibles fósiles. Esto, no obstante, no significa que el comerciante no pueda realizar afirmaciones medioambientales sobre toda su empresa: puede hacerlas siempre que sean ciertas y verificables y no sobrestimen los beneficios medioambientales, como sucedería si el comerciante, en el segundo de los ejemplos ofrecidos, informase de una disminución general del uso de combustibles fósiles en el conjunto de su empresa. Y es que, como pone de relieve NOVAL PATO, las alegaciones medioambientales deben cumplir también con el principio de integridad, en el sentido de que deben incluir toda la información relevante, pues la omisión de aspectos significativos puede inducir a error. La falta de integridad —afirma— «se manifiesta cuando las alegaciones carecen de las especificaciones o explicaciones necesarias»; dichas «aclaraciones son imprescindibles cuando el beneficio medioambiental no abarca la totalidad del producto, sino solo una parte, uno de sus componentes, el embalaje, el transporte o una fase del proceso de producción», así como «cuando la veracidad de las alegaciones depende del cumplimiento de determinadas condiciones»; además, —añade— «las alegaciones deben hacer referencia explícita al año o al elemento temporal cuando este aspecto sea decisivo»³⁰.

— «*Afirmar, basándose en la compensación de emisiones de gases de efecto invernadero, que un producto*» —ya sea un bien o un servicio— «*tiene un impacto neutro, reducido o positivo en el medio ambiente en términos de emisiones de gases de efecto invernadero*» (apdo 4 quater). La razón por la que deben prohibirse estas afirmaciones en toda circunstancia reside —según el Considerando núm. 12—

³⁰ J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p.5. Puntualiza el autor que el referido principio exige también prestar atención a la forma en que se proporciona la información complementaria o adicional, para que no contribuya a crear una imagen falseada del producto o servicio en el consumidor.

en que inducen a error a los consumidores al hacerles creer que tales afirmaciones se refieren al producto en sí o al suministro y producción de dicho producto, o les dan la falsa impresión de que el consumo de ese producto no tiene ningún impacto medioambiental. Ejemplos de las mismas son «“climáticamente neutro”, “neutralidad de carbono certificada”, “positivo en términos de carbono”, “cero emisiones netas”, “con compensación climática”, “impacto climático reducido” y “huella de CO2 reducida”». A juicio del legislador comunitario, «estas afirmaciones solo deben permitirse cuando se basen en el impacto real del ciclo de vida del producto en cuestión, y no en la compensación de las emisiones de gases de efecto invernadero fuera de la cadena de valor del producto»³¹, pues ambas cosas no son equivalentes³². No se impide el anuncio por parte de las empresas de sus inversiones en iniciativas medioambientales, incluidos los proyectos que generen crédito de carbono, siempre y cuando proporcionen dicha información de forma que no sea engañosa y cumpliendo los requisitos previstos en el Derecho de la Unión.

— «Presentar los requisitos legales impuestos a todos los productos de la categoría de productos pertinente en el mercado de la Unión como si fueran una característica distintiva de la oferta del comerciante» (apdo 10 bis). No en vano, existen prácticas empresariales que contribuyen a la conservación del medio ambiente y que han sido impuestas normativamente, cuyo cumplimiento resulta obligatorio y, si bien pueden calificarse como sostenibles, representan un mínimo que debe cumplir cualquier bien o servicio de la categoría de que se trate y, por tanto, impide hablar de un mercado singularizado. Lo verdaderamente sostenible —como señala NOVAL PATO— «va más allá de lo legal; está constituido por aquellas prácticas que el empresario individual o social asume voluntariamente en el ejercicio de su capacidad de autorregulación. Por tanto, la existencia de un mercado verdaderamente sostenible depende tanto de la demanda de los consumidores como de la oferta de aquellos proveedores que están dispuestos a producir y comer-

³¹ El ciclo de vida de un producto —explica J. NOVAL PATO, *op. cit.*, pp. 12 y 26, nota al pie núm. 149— «se divide en tres etapas principales: la etapa de producción, que abarca desde la extracción de materias primas hasta el procesamiento, transporte y distribución; la etapa de uso del producto por parte del consumidor final; y la etapa de fin de vida, que incluye el desmontaje, la eliminación del producto, así como el tratamiento y disposición de sus residuos».

³² En palabras de J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 12, «el legislador comunitario no tiene reparo en considerar lícitas las alegaciones de «cero emisiones netas» u otras similares en relación con un producto, cuando se basen en el ciclo de vida de ese producto, es decir, cuando exista un equilibrio entre los gases efectos invernadero (GEI) generados y los reducidos, eliminados o compensados durante toda la vida del producto»; sin embargo, «prohíbe invocar esa neutralidad cuando el equilibrio de GEI se obtiene simplemente adquiriendo derechos de emisión de GEI o mediante actividades cuyos efectos se sitúan al margen del ciclo de vida del producto (por ejemplo, con compensaciones a través de proyectos sociales y ambientales verificados que no cumplan ese requisito). Por tanto, en la práctica, con frecuencia, el elemento temporal será clave para discernir si una alegación sobre la neutralidad climática es desleal».

cializar bienes y servicios que se ajusten a estándares de sostenibilidad más exigentes que los legales»³³. La prohibición que nos ocupa —que se predica también de los productos importados— debe aplicarse, por ejemplo, —explica el Considerando núm. 15— «cuando el comerciante anuncie que un producto determinado no incluye una sustancia química específica, cuando dicha sustancia ya esté prohibida por la ley para todos los productos de esa categoría de productos en la Unión». No quedan comprendidas en la prohibición, en cambio, «las prácticas comerciales que promuevan el cumplimiento, por parte de los comerciantes o los productos, de requisitos legales que solo se apliquen a algunos productos, pero no a otros productos competidores de la misma categoría en el mercado de la Unión, como los productos con origen fuera de la Unión». Y es que puede ocurrir que determinados productos presentes en el mercado deban cumplir determinados requisitos legales, y otros productos de la misma categoría de productos, no, como ocurre, por ejemplo, con los productos de la pesca: en consecuencia, en relación con los productos de la pesca producidos de manera sostenible conforme al Derecho de la Unión, se pueden promocionar las características de sostenibilidad de esos productos que cumplen los requisitos legales de la Unión, si los productos de la pesca originarios de terceros países ofrecidos en el mercado de la Unión no tienen que cumplir dichos requisitos legales de la Unión.

Llegados a este punto debemos señalar que resulta llamativo que ninguna de las doce nuevas prácticas que se incorporan a la lista negra de este Anexo I se refiera expresamente a las afirmaciones de contenido social, aunque —como pone de relieve NOVAL PATO— algunas de las que acabamos de mencionar no circunscriben su ámbito expresamente a las afirmaciones medioambientales (ej. la relativa a la exhibición de distintivos de sostenibilidad y la alegación de características que han sido impuestas legalmente como rasgos exclusivos y diferenciadores); en ningún momento explica el legislador por qué el reproche a las alegaciones genéricas (apdo 4 bis del Anexo I de la Directiva (UE) 2024/825) y a las que impropiaamente hacen referencia a la totalidad del producto (apdo 4 ter del Anexo I de la Directiva (UE) 2024/825) se limita a las afirmaciones medioambientales. La ausencia de esas menciones no carece de trascendencia. «No será infrecuente» —afirma el referido autor— «que un empresario trate de emplear el término genérico “sostenible”, pero sin demostrar un “compromiso social excelente”, cuando actualmente el factor social se considera uno de los tres pilares que debe integrar toda estrategia de sostenibilidad; o que un empresario alegue una particular diligencia debida para detectar, prevenir y mitigar las repercusiones sociales de un producto a lo largo de toda la cadena de valor, desde la extracción de las materias primas hasta el final de

³³ J. NOVAL PATO, *op.cit.*, p. 4.

su vida útil, cuando dicha diligencia ha sido parcial». No parece, pues, que se combatan con la misma intensidad el blanqueo ecológico y el blanqueo social; la razón quizás resida en que el mercado de productos y servicios diferenciados por su responsabilidad social corporativa se encuentra aún en una fase incipiente³⁴.

Por lo demás, resulta de especial interés la «Guía de comunicación sostenible: cómo incluir información medioambiental en tus estrategias y campañas», que ofrece —como dice TAPIA HERMIDA³⁵— una suerte de «diez mandamientos de la comunicación empresarial sostenible»: 1) utilizar un lenguaje claro, simple y específico, evitando el uso de conceptos generales; 2) proporcionar información relevante y útil; 3) no ocultar información; 4) ofrecer información actualizada; 5) hacer alegaciones comparativas justas; 6) presentar información sustentada en estudios; 7) identificar objetivos a futuro avalados por planes solventes y con capacidad para ser llevados a cabo; 8) no poner como ventaja algo que exige la ley; 9) referirse a sellos basados en sistemas de certificación; y 10) cuidar particularmente la exactitud de las alegaciones medioambientales climáticas³⁶.

El Anteproyecto de Ley de Consumo Sostenible, al trasponer la Directiva que nos ocupa, introduce en nuestro país una regulación detallada y pionera para limitar el uso de alegaciones medioambientales genéricas o no verificables, en respuesta a la creciente preocupación por el *greenwashing*. Lo hace, modificando los art. 5, 21 y 27 LCD, en orden a:

a) ampliar los supuestos de prácticas desleales por engaño, incluyendo las siguientes conductas:

— llevar a cabo cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación, induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre, entre otros aspectos: «Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos,

³⁴ J. NOVAL PATO, *op. cit.*, pp. 10 y 11. Recuerda el autor que, con frecuencia, los empresarios se adhieren a códigos de conducta y se comprometan a que sus relaciones con proveedores, trabajadores, consumidores o comunidades locales se ajusten a unas pautas concretas. La invocación del incumplimiento de alguno de esos compromisos, por tanto, podría ser una vía apropiada para calificar una alegación sobre el impacto social de los productos, servicios o del propio empresario como un acto de engaño. En términos similares se pronuncian J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 118 y 119; y J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas» en J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1239-1241.

³⁵ A. J. TAPIA HERMIDA, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

³⁶ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, CONSUMO Y AGENDA 2030, «Guía de comunicación sostenible...», *op. cit.*, pp. 17-36.

su ejecución, su composición, sus características medioambientales o sociales, sus accesorios, los aspectos de circularidad, como su durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio» [art. 5.1b)];

— exhibir un distintivo de sostenibilidad no basado en un sistema de certificación, ni establecido por las administraciones públicas [art. 21.2b)]³⁷;

— emitir afirmaciones medioambientales genéricas sin poder acreditar un comportamiento ambiental excelente reconocido [art. 27.9a)];

— realizar afirmaciones medioambientales atribuyendo cualidades ecológicas a la totalidad de un producto, servicio o empresa, cuando las mismas solo aplican a una parte concreta del producto o a una actividad específica de la empresa [art. 27.9b)]³⁸;

— utilizar mecanismos de compensación de emisiones como base para declarar un impacto neutro, reducido o positivo en términos de gases de efecto invernadero [art. 27.9c)].

b) introducir la figura de las afirmaciones medioambientales engañosas (art. 5.4)³⁹; y

³⁷ Precisa el precepto lo que ha de entenderse por distintivo de sostenibilidad («toda marca de confianza, marca de calidad o equivalente, de naturaleza pública o privada que, con carácter voluntario, tenga por objeto diferenciar y promocionar un producto, un proceso o una empresa mediante una referencia a sus características medioambientales o sociales, o a ambas, excluido cualquier distintivo obligatorio que exija la legislación vigente») y por sistema de certificación («sistema de verificación por terceros que certifique que un producto, proceso o empresa cumple determinados requisitos y que permite el uso del distintivo de sostenibilidad correspondiente. Las condiciones de estos sistemas, incluidos sus requisitos, deben estar disponibles públicamente y cumplir los siguientes criterios: 1º) El sistema estará abierto, en condiciones transparentes, justas y no discriminatorias, a todos los empresarios que lo deseen y puedan cumplir los requisitos del sistema; 2º) Los requisitos del sistema serán desarrollados por su propietario en consulta con los expertos y las partes interesadas pertinentes; 3º) El sistema establecerá procedimientos para hacer frente a cualquier incumplimiento de sus requisitos y preverá la retirada o suspensión del uso del distintivo de sostenibilidad por parte del empresario en estos casos; y 4º) La supervisión del cumplimiento por parte del empresario de los requisitos del sistema estará sujeta a un procedimiento objetivo y la efectuará un tercero cuya competencia e independencia, tanto frente al titular del sistema como frente al empresario, se basen en las normas técnicas y procedimientos pertinentes, bien de ámbito internacional, europeo o nacional»).

³⁸ En el caso de que las prácticas definidas en el art. 27.9 a) y b) de este apartado se den en el uso de una marca, podrán ser alegadas como causa de caducidad siempre que se cumplan los requisitos del art. 54.1 c) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (art. 27.9 *in fine*).

³⁹ En línea con lo previsto en la Directiva, entiende por afirmación medioambiental: «todo mensaje o representación que no sea obligatoria con arreglo a la legislación vigente y

c) tipificar como práctica desleal la explotación comercial de riesgos personales sin base estadística (art. 27.2 LCD), en lo que se ha denominado «publicidad del miedo». No es de extrañar que se trate de controlar, a nivel normativo, la denominada «publicidad del miedo» (comúnmente utilizada por empresas de seguridad), que recurre a escenarios extremos o improbables (ej. robos violentos o vulnerabilidades catastróficas), con el propósito de generar una sensación de urgencia o vulnerabilidad en las personas, que provoca ansiedad y fomenta el consumo. En su Exposición de Motivos, el Anteproyecto de Ley de Consumo Sostenible manifiesta en este sentido que, en aras de fomentar un consumo consciente y sostenible, se reintroduce en la normativa la prohibición de la conocida como publicidad del miedo, basada en datos engañosos o que pueden generar una percepción errónea sobre el peligro o riesgo sobre la persona consumidora⁴⁰. «La regulación exhaustiva de esta publicidad» —afirma— «es esencial para proteger a las personas consumidoras de mensajes manipuladores que explotan emociones como la ansiedad y el temor». El legislador nacional reconoce que esta estrategia comercial resulta efectiva para captar la atención; ahora bien, puede conducir a «decisiones precipitadas, desinformadas o basadas en el pánico, afectando la libertad de elección y el bienestar psicológico de las personas consumidoras», y, en un entorno publicitario responsable, «la promoción de servicios debe centrarse en ofrecer información objetiva, destacando beneficios reales sin apelar a tácticas de manipulación emocional». Por eso, este tipo de comunicaciones comerciales debe ir acompañado de información cuantitativa o estadística que permita a los consumidores hacer una valoración real del riesgo. Sobre esta base, propone modificar el art. 27.2 en el que se reputan desleales por engañosas las conductas consistentes en realizar «afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio», añadiendo un segundo párrafo, conforme al cual «Cuando tales afirmaciones, aun siendo veraces, utilicen la exposición a un riesgo o peligro como argumento principal de persuasión comercial, deberán incorporar, en condiciones de adecuada visibilidad, adaptado al medio en el que se realice la comunicación, información complementaria de carácter cuantitativo o estadístico que

que indique o implique que un producto, categoría de productos, marca o empresario 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 empresarios, o ha mejorado su impacto a lo largo del tiempo. Las afirmaciones medioambientales podrán presentarse en cualquier forma, incluida la representación textual, pictórica, gráfica o simbólica, como pueden ser los distintivos, los nombres comerciales, los nombres de empresas o los nombres de productos en el contexto de una comunicación comercial».

⁴⁰ Tal prohibición se encuentra ya recogida en el Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara de Comercio Internacional (art. 2).

permita al consumidor o usuario valorar su frecuencia, impacto relativo o proporción». En su justificación, el legislador nacional va más allá e insiste también en la idea de que este tipo de publicidad fomenta una cultura de miedo que afecta negativamente a la sociedad en su conjunto. Cuando las compañías recurren a estas prácticas, contribuyen a la percepción de que los entornos cotidianos son inherentemente peligrosos, incrementando así la desconfianza y la sensación de inseguridad generalizada, lo que, no solo puede alterar la calidad de vida de las personas, sino que también puede desviar recursos hacia servicios innecesarios o desproporcionados en relación con el riesgo real. Regular este tipo de prácticas —concluye— permite garantizar un «equilibrio en el mercado, promoviendo una comunicación ética que priorice la transparencia y el respeto por el consumidor», al tiempo que «refuerza una percepción más saludable y realista de la seguridad en la sociedad».

Además, modifica el art. 406 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, para impedir que se incluyan, en la denominación de sociedades o entidades, términos o expresiones que induzcan a error sobre su desempeño medioambiental.

La implementación de estas nuevas prácticas comerciales prohibidas relativas al blanqueo ecológico en cualquier circunstancia, sin lugar a dudas, favorecerá su detección en la práctica; no obstante, habrá que esperar un tiempo para que: 1) se desarrollen las herramientas técnico-legales necesarias que posibiliten la aplicación de la norma; y 2) podamos comprobar cómo interpretan nuestros tribunales la nueva normativa; de ello depende, en buena medida, su efectividad.

3.2. Deberes informativos relacionados con la obsolescencia de bienes y servicios de consumo, su durabilidad y reparabilidad

La Directiva (UE) 2024/825, de 28 de febrero de 2024, incide también en la necesidad de regular la información relacionada con las prácticas de obsolescencia temprana, la durabilidad y reparabilidad de los bienes, a fin de permitir a los consumidores tomar decisiones de compra sostenibles con conocimiento de causa⁴¹.

⁴¹ La obsolescencia ya había sido objeto de atención por la Comisión. Véase COMISIÓN EUROPEA, «Guía ...», *op. cit.*, pp. 84-86. También por el MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, «España Circular 2030, Estrategia Española de Economía Circular», Madrid, 2020, pp. 13, 19, 35.

3.2.1. *Deberes informativos versus competencia desleal*

Desde la óptica de la competencia desleal, la reforma se articula en dos vertientes.

En primer término, se incluyen previsiones específicas sobre la durabilidad, reparabilidad y reciclabilidad en el catálogo de características principales de los productos y servicios enunciadas en el precitado art. 6.1.b) de la Directiva 2005/29/CE, que se suman a las características recogidas con anterioridad en la ley, como son, entre otras, «su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios» y a las denominadas «características medioambientales o sociales», introducidas también *ex novo* por el instrumento objeto de estudio, como acabamos de ver⁴². Y en relación con la comparación de productos con base en características medioambientales o sociales o en aspectos relacionados con la sostenibilidad y circularidad (durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad), se introducen en el art. 7.7 parámetros legales objetivos que pasan a ser considerados como «información sustancial», a efectos de su calificación como práctica engañosa, y que pueden recaer sobre: a) el propio método de comparación utilizado, b) los productos objeto de comparación, c) los proveedores de los productos, y, d) las medidas que hubieren sido adoptadas para mantener la información facilitada actualizada⁴³.

Y, en segundo lugar, se refuerza el régimen de prácticas comerciales desleales, incluyendo expresamente los comportamientos relacionados con dichas prácticas. Con el fin de mejorar el bienestar de los consumidores —justifica el Considerando núm. 16—, las modificaciones de la Directiva 2005/29/CE deben abordar también «varias prácticas asociadas a la obsolescencia temprana, incluidas las prácticas de obsoles-

⁴² Conforme al nuevo art. 6.1.b) de la Directiva 2005/29/CE (recordemos), «Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado: b) las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, *sus características medioambientales o sociales*, sus accesorios, *los aspectos de circularidad, como su durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad*, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto».

⁴³ Como resalta J. AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 404-405, «La Directiva 2024/825 incorpora las características de durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad como parte esencial de una información que pasa a definirse como «sustancial» a los efectos de transacciones y la toma de decisiones de compra por parte del consumidor medio, y que, de otro modo, no hubiera podido adoptar».

cencia temprana programada, entendidas como una política comercial que implica la planificación o el diseño deliberados de un producto con una duración de vida limitada, de modo que quede prematuramente obsoleto o deje de funcionar tras un determinado período de tiempo o una determinada intensidad de uso». Y ello porque, por una parte, «la adquisición de productos de los que se espera que duren más tiempo del que en realidad duran causa un perjuicio a los consumidores», y, por otra, estas prácticas de obsolescencia temprana «tienen un impacto negativo general en el medio ambiente al aumentar los residuos, así como el uso de energía y materiales»⁴⁴. Así pues, la Directiva (UE) 2024/825 incluye en la lista negra del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, como prácticas desleales prohibidas, siete prácticas comerciales engañosas vinculadas con la durabilidad y la reparabilidad, que podemos agrupar en torno a tres categorías: tres de carácter general, dos relacionadas con las actualizaciones de *software* y dos relativas a elementos fungibles de los bienes. Con su prohibición, se proporciona a las autoridades de protección de los consumidores de los Estados miembros «una herramienta de cumplimiento adicional para proteger mejor los intereses de los consumidores en los casos en que los comerciantes incumplan los requisitos sobre durabilidad y reparabilidad de los bienes con arreglo a las disposiciones específicas del Derecho de la Unión sobre productos» —afirma el legislador europeo en el Considerando núm. 22—. Como pone de relieve AVILES GARCÍA, se establecen así «nuevos mecanismos legales específicos que permiten detectar y hacer frente a muy distintas prácticas asociadas a la obsolescencia técnica o programada de cientos de bienes ofertados a los consumidores», que permiten calificarlas a partir de ahora como «acciones u omisiones “engañosas”». Tales medidas permitirán luchar contra un extendido tipo de «política comercial que implica la planificación o el diseño deliberados de un producto con una duración de vida limitada», dejando «prematuramente obsoleto un bien o que este deje de funcionar tras un determinado período de tiempo o una determinada intensidad de uso», ya sea ocultando una información relevante o bien ofreciendo una información falsa o tergiversada al consumidor sobre los bienes⁴⁵. Ahora bien, en contra de lo que cabría esperar, no procura en este instrumento «una definición

⁴⁴ En opinión de J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 7, aunque el legislador europeo tiene presente el impacto directo de la obsolescencia temprana en los intereses económicos de los consumidores, su decisión de regularla ha estado más motivada por la necesidad de contrarrestar su incidencia medioambiental. Aduce en este sentido que «la propia Directiva de empoderamiento confirma que estas son sus prioridades, pues en los arts. 6 y 7 se emplea en ambos casos la expresión: “los aspectos de circularidad, como su durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad”». Dichos preceptos «conciben esos atributos como una manifestación concreta del objetivo de alcanzar una economía circular», por lo que, «paradójicamente, la razón última de esta regulación reside más en la salvaguardia del interés público de conservar el medio ambiente que en la protección de los intereses económicos de los consumidores».

⁴⁵ J. AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, p. 290.

descriptiva de la obsolescencia prematura, separando y distinguiendo la “técnica” de la “programada”, diferenciando aquella que pueda recaer sobre bienes corporales o tangibles (con o sin elementos digitales), de aquella otra que pudiera afectar a la funcionalidad del bien (ej. mediante actualizaciones digitales de programas informáticos o *software*)). Tal definición —como señala AVILÉS GARCÍA— sería sumamente útil y permitiría «encontrar un mejor acomodo a la evaluación de todas las partes interesadas en este problema, como son los centros de investigación o las organizaciones de consumidores, empresariales o cualesquiera otras de carácter medioambiental»⁴⁶. La definición de la expresión «obsolescencia prematura» se encuentra en el Reglamento (UE) 2024/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se instaure un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles, se modifican la Directiva (UE) 2020/1828 y el Reglamento (UE) 2023/1542 y se deroga la Directiva 2009/125/CE, que la define como «una característica de diseño de un producto o acción posterior u omisión que da lugar a que el producto deje de ser funcional o sea menos eficaz sin que dichos cambios de funcionalidad o rendimiento se deriven del desgaste por un uso ordinario».

Dicho esto, veamos cuáles son esas siete prácticas comerciales desleales vinculadas a la durabilidad y la reparabilidad que se recogen.

3.2.1.1. Prácticas comerciales engañosas de carácter general

Las prácticas comerciales engañosas que calificamos como generales son:

— «*Cualquier comunicación comercial en relación con un bien que contenga una característica introducida para limitar su durabilidad, a pesar de que el comerciante disponga de información sobre la característica y sus efectos en la durabilidad del bien*» (apdo 23 septies): Tal y como se explica en el Considerando núm. 19, estas comunicaciones comerciales (entre las que se incluyen las destinadas a promocionar, directa o indirectamente, los bienes) «suponen una práctica comercial que es perjudicial para los consumidores y el medio ambiente, ya que fomentan la venta de dichos productos, lo que genera costes más elevados para los consumidores, el uso innecesario de recursos, la producción de residuos y la emisión de gases de efecto invernadero» y deben prohibirse «cuando el comerciante disponga de información sobre la característica y sus efectos en la durabilidad del bien»⁴⁷. Varios son los ejemplos de

⁴⁶ J. AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 312, 313 y 407.

⁴⁷ J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 13, muestra su sorpresa por el hecho de que no se considere desleal *per se* la comercialización de estos bienes, sino simplemente la realización de comuni-

que se sirve el legislador para ilustrar sus palabras: *software* que detiene o reduce la funcionalidad del bien después de un determinado período de tiempo, pieza de *hardware* que esté diseñada para fallar después de un determinado período de tiempo, defecto de diseño o de fabricación que, pese a no haberse introducido como una característica con el referido propósito, provoca un fallo prematuro del bien si no se corrige una vez que el comerciante haya tenido conocimiento de la existencia y el efecto de la característica. No constituyen comunicaciones comerciales, en cambio, la fabricación de bienes y su comercialización⁴⁸.

La aplicación de esta norma recae principalmente sobre los comerciantes que también sean los productores de los bienes, dado que son ellos quienes determinan su durabilidad; por término general, cuando se detecta que un bien contiene una característica para limitar su durabilidad, cabe esperar que el productor del mismo tenga conocimiento de dicha característica y de su efecto en la durabilidad del bien. Ahora bien, también quedan sujetos a la prohibición los comerciantes que, no siendo productores de los bienes (ej. los vendedores) dispongan de información fiable sobre la característica y sus efectos sobre la durabilidad (ej. a través de una declaración de una autoridad nacional competente o de información proporcionada por el propio productor); tan pronto como el referido comerciante disponga de dicha información —apunta el Considerando núm. 19—, «la prohibición debe aplicarse con independencia de que el comerciante tenga o no conocimiento efectivo de la información, por ejemplo, por prestarle la debida atención». Nótese que, para que esta práctica comercial sea considerada desleal, no es preciso demostrar que la finalidad de la característica es estimular la sustitución del bien en cuestión; basta con demostrar que la característica se introdujo para limitar la durabilidad del bien. Frente a NOVAL PATO, para quien el comerciante tiene prohibido promocionar cualquier producto del que sepa que posee una característica que limita su durabilidad, con independencia de que haya sido introducida con ese propósito o no⁴⁹, creemos que tanto el precepto como el Considerando son claros a la hora de exigir la intencionalidad en la introducción de esa característica que limita la durabilidad.

Distinto es el supuesto en que, en el proceso de fabricación, se utilizan materiales o procesos de baja calidad general, que dan lugar a una durabilidad limitada de los bienes. En este caso, la falta de conformidad por el bien resultante del uso de esos materiales y procesos de baja calidad debe regirse por las normas sobre la conformidad de los bienes establecidas en la Directiva (UE) 2019/771.

caciones comerciales para su venta.

⁴⁸ Se impide, en definitiva, la publicidad o información que induzca al consumidor a una sustitución prematura de productos, a través de estrategias de diseño orientadas a reducir artificialmente su durabilidad.

⁴⁹ J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 13.

— «*Afirmar falsamente que en condiciones normales de uso un bien tiene una durabilidad determinada en términos de tiempo o intensidad de uso*» (apdo 23 octies): Un ejemplo de esta conducta sería aquel en que un comerciante informa a los consumidores de que se espera que una lavadora dure un determinado número de ciclos de lavado, conforme al uso normal previsto indicado en las instrucciones, cuando el uso real de la lavadora en las condiciones establecidas demuestre que no es así (Considerando núm. 20). Estas afirmaciones suelen realizarse por los productores, pues —como decíamos en el caso anterior— ellos son quienes determinan la durabilidad de los bienes; en consecuencia, cabe esperar que los comerciantes que sean también productores de los bienes tengan conocimiento de las afirmaciones falsas relativas a la durabilidad de los bienes; otros comerciantes, como los vendedores, en cambio, deben basarse en la información fiable de que dispongan (ej. la basada en una declaración de una autoridad nacional competente o la información proporcionada por el productor).

Ahora bien, la falta de conformidad de un bien resultante de errores ocasionales en la producción de bienes se rige por las normas en materia de conformidad de los bienes establecidas en la Directiva (UE) 2019/771.

— «*Presentar un bien como apto para la reparación cuando no lo sea*» (apdo 23 nonies): Nada nuevo aporta el Considerando núm. 21 en relación con esta práctica, pues se limita a decir que «Del mismo modo, el anexo I de la Directiva 2005/29/CE también debe modificarse para prohibir que se presenten los productos como si pudieran ser reparados cuando no sea posible repararlos».

En opinión de algunos autores, la tipificación de estas tres prácticas como prácticas engañosas no aporta gran cosa; a su juicio, el legislador comunitario podría haber dado un paso más, incluyendo las alegaciones sobre la durabilidad o reparabilidad que, sin ser estrictamente falsas, inducen a error a los consumidores⁵⁰.

El Anteproyecto de Ley de Consumo Sostenible incorpora estas tres prácticas relacionadas con la durabilidad simulada y la reparabilidad ficticia al elenco de cláusulas engañosas del art. 27.9 LCD, en los apdos f), g) y h), apreciándose únicamente una diferencia con la redacción de la Directiva en el apdo f): en el texto nacional se sustituye el término «comerciante» por el de «empresario».

Desde la doctrina, se llama la atención, no obstante, sobre la interacción de esta nueva normativa con la libertad empresarial de desarrollo de producto: a los ojos de MARTÍNEZ ESPÍN, aunque la regulación que nos ocupa busca evitar abusos, «plantea interrogantes sobre su

⁵⁰ Es especialmente representativo, en este sentido, J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 13.

compatibilidad con el margen de libertad del fabricante para definir el ciclo de vida y la evolución técnica de sus productos. La distinción entre innovación legítima y obsolescencia inducida no siempre es clara, y el estándar jurídico adoptado (basado en “necesidad objetiva” o “durabilidad razonable”) podría generar inseguridad jurídica si no se acompaña de criterios técnicos oficiales»⁵¹.

3.2.1.2. Prácticas comerciales engañosas relacionadas con la actualización de *software*

Por lo que se refiere a la información relativa a la actualización de *software*, dos son las novedades que se incorporan. En ellas se percibe el reconocimiento por parte del legislador de que la interacción entre el *hardware*, el *software* y los contenidos digitales constituye hoy —como recuerda MARTÍNEZ ESPÍN— «una dimensión esencial del comportamiento económico del consumidor y, por tanto, un vector relevante de potencial engaño»⁵².

En primer término, la Directiva (UE) 2024/825 modifica el anexo I de la Directiva 2005/29/CE, insertando el apdo 23 quinquies, en el que prohíbe que se oculte «información al consumidor sobre el hecho de que una actualización de *software* afectará negativamente al funcionamiento de bienes con elementos digitales o al uso de contenidos digitales o de servicios digitales». Explica el legislador comunitario en el Considerando núm. 17 que, «en general, se espera que los comerciantes responsables del desarrollo de actualizaciones de *software* dispongan de dicha información, mientras que, en otros casos, los comerciantes pueden confiar en información fiable proporcionada, por ejemplo, por los desarrolladores de *software*, los proveedores o las autoridades nacionales competentes». Y lo ilustra con el siguiente ejemplo: cuando se invita a los consumidores a actualizar el sistema operativo de su teléfono inteligente, el comerciante no debe ocultarles información de que tal actualización podrá afectar «negativamente al funcionamiento de alguna característica del teléfono inteligente, como la batería, el rendimiento de determinadas aplicaciones o provocar una ralentización generalizada del dispositivo». Esta prohibición —añade— «debe aplicarse a cualquier actualización del *software*, incluidas las actualizaciones de seguridad y funcionalidad». En buena lógica, conecta la nueva disposición con la normativa sobre garantías en la venta de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales, puntualizando que, tratándose de actualizaciones que sean necesarias, por ejemplo, para mantener la garantía legal de conformidad de los bienes de que se trate, o de los contenidos digitales y servicios digitales de los suministros digitales,

⁵¹ P. MARTÍNEZ ESPÍN, *op. cit.*, p. 49.

⁵² P. MARTÍNEZ ESPÍN, *op. cit.*, p. 48.

incluidas las actualizaciones de seguridad, deberán tenerse en cuenta los requisitos contemplados en los art. 8 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 y art. 7 de 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 (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE, que ha sido ligeramente modificado por la Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828. Dichos preceptos contemplan los requisitos objetivos de conformidad, resultando de especial interés, a los efectos que nos ocupan, el recogido en el apdo 1.d), que hace referencia a la durabilidad, reparabilidad, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital, y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar. Queda a salvo lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva (UE) 2019/770, en relación con la modificación de contenidos y servicios digitales.

En segundo lugar, la Directiva (UE) 2024/825 modifica el anexo I de la Directiva 2005/29/CE, insertando el apdo 23 sexies, de cara a prohibir la presentación «como necesaria» de una actualización de *software* que solo mejora «características de funcionalidad». Según pone de relieve el Considerando núm. 18, las actualizaciones de *software* que constituyen actualizaciones de seguridad se consideran «necesarias» para el uso seguro del bien adquirido; no se reputan necesarias, en cambio, las actualizaciones relacionadas con la mejora de características relativas a la funcionalidad, por lo que debe prohibirse la presentación de una actualización de *software* como necesaria para mantener la conformidad del producto cuando dicha actualización solo mejora características funcionales; dicho con otras palabras, con la nueva normativa, las actualizaciones de *softwares* que sólo mejoran características de funcionalidad no pueden presentarse en modo alguno como actualizaciones «necesarias» o indispensables para su uso o mantenimiento.

A la vista de las precitadas Directivas, el Anteproyecto se propone tipificar las prácticas desleales relacionadas con actualizaciones de *software* degradantes y funcionalidades restringidas en el art. 27.9 LCD, donde reputa desleales por engañosas las prácticas que «faciliten información engañosa al consumidor o usuario sobre el desempeño medioambiental del producto o servicio o sobre aspectos que afecten a su vida útil», particularmente: «d) Oculten información al consumi-

dor o usuario sobre el hecho de que una actualización de programas (*software*), entendida como una actualización necesaria para mantener la conformidad del bien, su seguridad o funcionalidad, afectará negativamente al funcionamiento de bienes con elementos digitales o al uso de contenidos digitales o de servicios digitales; y e) Presenten como necesaria una actualización de programas (*software*) que solo mejore características de funcionalidad, pero no sea necesaria para garantizar la conformidad del producto».

Añade que, «A los efectos de esta norma, se entenderá que la actualización de programas (*software*) es necesaria cuando sirva para mantener la conformidad de los bienes con elementos digitales, contenidos y servicios digitales, con arreglo a los art. 115 bis y 115 ter del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias» (en adelante, TRLGDCU), «incluidas las actualizaciones de seguridad». Como puede verse, el legislador estatal va más allá que el comunitario, pues alude tanto a los requisitos objetivos de conformidad en la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales como a los subjetivos, mientras que el comunitario se refería únicamente a los objetivos; no resulta extraño que así sea en tanto en cuanto la funcionalidad está también presente en el apdo a) del art. 115 bis y las actualizaciones en el apdo d).

Y, por si hubiera alguna duda, termina precisando lo que debe entenderse por funcionalidad, remitiendo a lo dispuesto en el art. 59. bis l) TRLGDCU, que la define como la “capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad”. Con el Anteproyecto en la mano, la referencia debería hacerse al art. 59 bis.1 o).

Como pone de relieve MARTÍNEZ ESPÍN, la reforma persigue proteger al consumidor frente a cualquier interferencia injustificada en la funcionalidad de los bienes y suministros digitales, ya sea por vía técnica o informativa. Desde el punto de vista técnico-jurídico, «supone un avance significativo en la construcción de un *ius digitalis consummationis* que trasciende el modelo clásico de tutela de la conformidad física del bien. Al integrar expresamente la dimensión digital como elemento susceptible de engaño y de distorsión del comportamiento económico del consumidor, la nueva LCD reformada se alinea con la realidad tecnológica de los mercados actuales»⁵³.

Sin embargo, esta bienintencionada reforma —dada la notable asimetría informativa y de competencias técnicas entre comerciantes y consumidores existente en este sector— puede no producir los efectos deseados si las propuestas de actualización de *software* no van acompañadas de la información adecuada; faltando esa información —sostiene

⁵³ P. MARTÍNEZ ESPÍN, *op. cit.*, pp. 48 y 49

NOVAL PATO—, es probable que la mayor parte de los consumidores sigan instalando las numerosas actualizaciones que reciben y sumamente raro que reclamen después por los perjuicios sufridos, pues, en la mayor parte de las ocasiones, identificar la existencia de ese daño y sus causas requiere un nivel de conocimientos y diligencia que excede sus capacidades. Por eso, a la vista de la particular vulnerabilidad de los consumidores en este sector, considera que «podría ser más eficaz complementar estas prohibiciones imponiendo un control previo, llevado a cabo por entidades especializadas, que garanticen la idoneidad de la información proporcionada sobre los efectos de las actualizaciones en el rendimiento de sus dispositivos»⁵⁴. Otros autores como MARTÍNEZ ESPÍN, refiriéndose a los puntos vulnerables que presenta este nuevo modelo regulatorio, inciden, con razón, en los «problemas de prueba y peritación técnica: la calificación de una actualización como “innecesaria” o “degradante”, o la determinación de la “reparabilidad real” de un bien, exige pericias técnicas complejas, de difícil acceso para consumidores individuales» y «la ley no prevé mecanismos específicos de apoyo técnico, ni instrumentos de inversión de la carga probatoria que faciliten la reclamación judicial o administrativa»⁵⁵.

3.2.1.3. Prácticas comerciales engañosas relacionadas con elementos fungibles

Y dos son también las nuevas prácticas comerciales engañosas que se incorporan al Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, relacionadas con elementos fungibles. El concepto de «elemento fungible» se precisa en el nuevo art. 2.1v) de la referida Directiva, donde se define como «todo componente de un bien que se agote repetidamente y que deba sustituirse, rellenarse o reponerse para que el bien funcione según lo previsto», y las conductas que se prohíben consisten en:

— «Inducir al consumidor a sustituir, rellenar o reponer los elementos fungibles de un bien antes de lo necesario por razones técnicas» (apdo 23 decies): La razón por la que el legislador prohíbe esta práctica —asociada a la obsolescencia temprana— reside en que este tipo de prácticas «inducen a error al consumidor al hacerle creer que los productos dejarán de funcionar a menos que se sustituyan sus elementos fungibles, llevándolo a adquirir más elementos fungibles de lo necesario» (Considerando núm. 23). Sobre esta base, queda prohibida, por ej. la práctica consistente en instar al consumidor, mediante la configuración de la impresora, a sustituir los cartuchos de tinta de la misma antes de que estén realmente vacíos para estimular la compra de cartuchos de tinta adicionales.

⁵⁴ J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵ P. MARTÍNEZ ESPÍN, *op. cit.*, p. 49.

— «Ocultar información sobre el deterioro de la funcionalidad de un bien cuando se utilicen elementos fungibles, piezas de recambio o accesorios no suministrados por el productor original, o afirmar falsamente que se producirá dicho deterioro» (apdo 23 undecies)⁵⁶: El Considerando núm. 24 ofrece algunos ejemplos relativos a la primera de estas prácticas: así, si se hubiese diseñado una impresora de tal forma que su funcionalidad se vea limitada cuando se utilicen cartuchos de tinta distintos de los suministrados por el fabricante original de la impresora, dicha información no debe ocultarse al consumidor, pues tal práctica podría inducirle a error y llevarle a adquirir un cartucho de tinta alternativo que no pudiera utilizar en esa impresora, dando lugar a flujos de residuos innecesarios o costes adicionales para el consumidor; lo mismo ocurre en el caso de que un dispositivo inteligente se haya diseñado de modo que su funcionalidad se vea limitada cuando se utilicen cargadores o piezas de recambio que no sean suministrados por el productor original.

Como en los supuestos anteriormente comentados, cabe esperar que los comerciantes que sean también productores de los bienes dispongan de esa información; otros comerciantes, como los vendedores, por su parte, tendrán que basarse en la información fiable de que dispongan (ej. la asentada en una declaración de una autoridad nacional competente o la información proporcionada por el productor).

Estas dos conductas relacionadas con la manipulación del consumidor para sustituir prematuramente bienes o componentes técnicos (o dicho de otro modo, con la obsolescencia funcional inducida⁵⁷) son objeto de tipificación expresa como prácticas engañosas en el Anteproyecto de Ley de Consumo Sostenible en el art. 27.9 i) y j) LCD, precisando que, «A los efectos de esta norma, se considerará elemento fungible todo componente de un bien que se agote repetidamente y que deba sustituirse, rellenarse o reponerse para que el bien funcione según lo previsto».

Desde la doctrina, se advierte, como vulnerabilidad de la nueva normativa, la ausencia de coordinación con el Derecho de propiedad intelectual: no en vano, «la restricción del uso de *software* alternativo o de componentes no originales» —afirma MARTÍNEZ ESPÍN— «puede tener fundamento en derechos de propiedad intelectual»; en la medida en que la nueva normativa no se pronuncia sobre la interacción entre esta protección y las exigencias de transparencia o reparabilidad, pueden surgir conflictos normativos o interpretativos⁵⁸.

⁵⁶ Como señala J. NOVAL PATO, *op. cit.*, p. 14, en puridad, no estamos ante prohibición directamente vinculada con la economía circular, pues «no busca evitar un consumo innecesario de bienes, sino que se fomenta el consumo de los propios productos en detrimento de los de la competencia, alegando de forma injustificada una mayor idoneidad en términos de durabilidad».

⁵⁷ Tanto estas conductas como las descritas en el apartado anterior pueden ponerse en relación también con la ya comentada «publicidad del miedo».

⁵⁸ P. MARTÍNEZ ESPÍN, *op. cit.*, p. 49.

3.2.2. *Deberes de información precontractual en el TRLGDCU*

El legislador aspira, además, a reforzar la información que los comerciantes deben proporcionar sobre la circularidad de los bienes, como son los que conciernen a su durabilidad, reparabilidad y reciclabilidad, y estimular así la demanda y oferta de bienes más duraderos, además de facilitar que los consumidores tomen decisiones mejor informados. Para ello, la Directiva (UE) 2024/825 impone a los comerciantes, ampliando las obligaciones previstas en la Directiva 2011/83/UE⁵⁹, que proporcionen información precontractual específica sobre la durabilidad y reparabilidad de los productos; y, tratándose de bienes con elementos digitales, contenidos digitales y servicios digitales, información sobre el período de tiempo durante el cual se dispondrá de actualizaciones gratuitas de *software*. Puntualiza el Considerando núm. 25 que esta información precontractual sobre la durabilidad, la reparabilidad y la disponibilidad de actualizaciones ha de proporcionarse a los consumidores de forma clara y comprensible y en consonancia con los requisitos de accesibilidad de la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁰. Estas nuevas obligaciones de información —que complementan, pero no afectan a los derechos de los consumidores previstos en las Directivas (UE) 2019/770 y (UE) 2019/771— se materializan, principalmente, en la creación de dos instrumentos: el aviso armonizado sobre la garantía legal de conformidad y la etiqueta armonizada sobre la garantía comercial de durabilidad⁶¹, cuya regulación encontramos en el nuevo art. 22 bis que se inserta en la Directiva 2011/83/UE. Según este precepto, a fin de garantizar que los consumidores estén bien informados y puedan comprender fácilmente sus derechos en toda la Unión, se utilizará un aviso armonizado para proporcionar información con arreglo al art. 5.1e) y al art. 6.11), y se utilizará una etiqueta armonizada para proporcionar información con-

⁵⁹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE.

⁶⁰ 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.

⁶¹ La definición de «garantía comercial de durabilidad» se introduce en el nuevo art. 2.14 bis) de la Directiva 2011/83/UE; es «la garantía comercial de durabilidad del productor a que se refiere el art. 17 de la Directiva (UE) 2019/771 con arreglo a la cual el productor es directamente responsable ante el consumidor durante todo el período de la garantía comercial de durabilidad de la reparación o la sustitución de los bienes, de conformidad con el art. 14 de la Directiva (UE) 2019/771, cuando los bienes no mantengan su durabilidad». Precisa el Considerando núm. 26 Directiva (UE) 2024/825 que «La garantía comercial de durabilidad del productor es un compromiso del productor con el consumidor sobre la durabilidad del bien. Más concretamente, un compromiso de que el bien mantendrá las funciones y prestaciones necesarias en condiciones normales de uso».

forme a lo dispuesto en los art. 5.1e bis), y 6.11 bis. El diseño y contenido de ambos instrumentos se especificará por la Comisión, mediante actos de ejecución, como muy tarde el 27 de septiembre de 2025⁶². Lo único que especifica el precepto es que «el aviso armonizado contendrá los principales elementos de la garantía legal de conformidad, en particular, su duración mínima de dos años tal como se dispone en la Directiva (UE) 2019/771 y una referencia general a la posibilidad de que la duración de la garantía legal de conformidad sea superior en virtud del Derecho nacional» y que tanto el aviso armonizado como la etiqueta armonizada «deberán ser fácilmente reconocibles y comprensibles para los consumidores y fáciles de utilizar y reproducir para los comerciantes». Refiriéndose a la garantía comercial de durabilidad del productor, precisa el Considerando núm. 26 de la Directiva (UE) 2024/825 que «Los comerciantes que vendan bienes deben estar obligados, si el productor pone la información a disposición del comerciante, a informar a los consumidores sobre la existencia y la duración de la garantía comercial de durabilidad, ofrecida por el productor sin costes adicionales, que cubra la totalidad del bien y con una duración superior a dos años»; ahora bien, no se debe exigir a los comerciantes que lleven a cabo una búsqueda activa de tal información del productor, por ejemplo, en las páginas web específicas de cada producto. Y termina insistiendo en la necesidad de recordar a los consumidores en la etiqueta armonizada que disponen también de la garantía legal de conformidad, a fin de evitar la posible confusión de los consumidores entre garantía comercial de durabilidad y garantía legal de conformidad⁶³.

Las medidas adoptadas en esta Directiva (UE) 2024/825 —como decíamos— se han visto complementadas, tanto del lado de la oferta como del de la demanda, por la Directiva (UE) 2024/1799, instrumento que promueve la reparación y la reutilización en la fase postventa, al margen de la responsabilidad del vendedor y modifica la Directiva (UE) 2019/771 para promover la reparación bajo la responsabilidad del vende-

⁶² Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el también recién insertado art. 27 bis de la Directiva 2011/83/UE.

⁶³ Refiriéndose a las modificaciones operadas en la Directiva 2011/83/UE, A. J. TAPIA HERMIDA, *op. cit.*, p. 2, diferencia entre: a) reformas de la transparencia de las características de los bienes de consumo que ofrecen los comerciantes a los consumidores para garantizar la durabilidad de los bienes y prevenir su obsolescencia temprana; b) modificaciones estructurales de la referida Directiva, que comprenden la adición de la garantía comercial de durabilidad, la puntuación de reparabilidad, la actualización de *software* y el aviso y la etiqueta armonizados sobre la garantía comercial de durabilidad; y c) modificaciones funcionales de la misma, que se proyectan en forma de transparencia precontractual, añadiendo nueva información en los diferentes tipos de contratos, de modo que: «en los contratos presenciales, se añade la información sobre los recordatorios de la garantía legal y la información sobre la garantía comercial de durabilidad; y, en los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento, se añade la información sobre los procedimientos de pago y entrega, el recordatorio de la existencia de la garantía legal de conformidad, la información sobre la garantía comercial de durabilidad y la puntuación de reparabilidad de los bienes».

dor; su estudio excede del objeto del presente trabajo, pero no podemos dejar de recordar que introduce el art. 13.2 bis, según el cual, antes de ofrecer al consumidor una solución para restablecer la conformidad de los bienes, el vendedor debe informarle de su derecho a optar entre reparación y sustitución, así como de la posible ampliación del período de responsabilidad establecida en el art.10.2 bis y en el proyectado art. 120.1 TRLGDCU, preceptos que amplían una vez por 12 meses el periodo de responsabilidad cuando se haya efectuado una reparación como medida correctora para restablecer la conformidad de los bienes⁶⁴.

Asimismo, los comerciantes deben informar a los consumidores, cuando proceda, sobre la disponibilidad de opciones de entrega respetuosas con el medio ambiente, como la entrega de bienes mediante bicicletas de carga o vehículos eléctricos de reparto, o la posibilidad de optar por envíos agrupados (Considerando núm. 37 y nuevo art. 6.1g) de la Directiva 2011/83/UE.

Por lo que se refiere a los deberes informativos, el Anteproyecto de Ley de Consumo sostenible propone una reforma del TRLGDCU, que va más allá de la mera trasposición de la normativa comunitaria; se amplía la información obligatoria precontractual sobre durabilidad, garantías comerciales, reparabilidad, etiquetado ambiental, actualizaciones de *software*, método de comparación y opciones de entrega, reforzando así el principio de transparencia activa en las relaciones de consumo (art. 20, 59 bis, 60.2, 97.1 del TRLGDCU⁶⁵), pero se

⁶⁴ En el art. 3 del Anteproyecto de Ley de Consumo Sostenible se adoptan una serie de medidas de cara a promocionar la reparación. En él se establece, entre otras cosas, que el productor, el comercializador o el importador cuando el productor esté fuera de la Unión Europea, deberán asumir el 20 por 100 del coste de reparación durante los dos primeros años tras el fin del plazo de garantía legal. Dicha obligación se sitúa en el 10 por 100 en el tercer año y en el 5 por 100 en el cuarto. Además, se prevé implementar una plataforma europea en línea en la que los consumidores podrán acceder de forma gratuita a reparadores solventes para pedir presupuestos y solicitar reparaciones.

⁶⁵ Art. 20.5 proyectado: «Cuando un empresario preste un servicio que compare bienes y servicios y proporcione al consumidor o usuario información sobre las características medioambientales o sociales, o sobre aspectos de circularidad, como la durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad, el empresario deberá facilitar información sobre el método de comparación, los bienes y servicios objeto de la comparación y los proveedores de dichos bienes y servicios, así como las medidas impuestas para mantener dicha información actualizada».

Art. 60.2 proyectado reputa relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios que siguen:

«e) En relación con las garantías:

1.º El aviso armonizado, de manera destacada;

2.º Cuando proceda, la etiqueta armonizada, de manera destacada;

3.º Un recordatorio de la existencia de la garantía legal de conformidad para el contenido y los servicios digitales; y

4.º Cuando proceda, un recordatorio de la existencia y las condiciones de los servicios posventa y de las garantías comerciales;

f) El período mínimo, ya se exprese con un período de tiempo o con una fecha de referencia, durante el cual el productor o el proveedor proporcione actualizaciones de programas

aprovecha la ocasión para robustecer la defensa de los derechos de los consumidores respecto de aquellas prácticas empresariales/comerciales que los ponen en riesgo; en este sentido:

a) Se modifica el art. 20 TRLGDCU en aras de garantizar que los consumidores reciban una información efectiva sobre precios y cantidades de los productos puestos a la venta, reaccionando así frente a la práctica empresarial conocida como reduflación; no en vano, esta práctica consistente en reducir la cantidad de producto manteniendo el mismo precio, puede inducir a error a los consumidores, quienes creen estar adquiriendo la misma cantidad de un producto que venían adquiriendo con anterioridad por el mismo valor. Esta estrategia, si bien es legal en muchos contextos, afecta a la transparencia en las relaciones de consumo y debilita el principio de información veraz y clara, razón por la cual nuestro legislador nacional estima necesario regular de forma específica la información que debe facilitarse en estos casos, garantizando que los consumidores seamos conscientes de los cambios en el contenido de los productos y podamos tomar decisiones de compra in-

(*software*) en el caso de los bienes con elementos digitales, de los contenidos digitales y de los servicios digitales, cuando el productor o el proveedor pongan esta información a disposición del empresario que lo distribuye».

«m) Cuando proceda, la puntuación de reparabilidad de los bienes.

n) Cuando no haya puntuación de reparabilidad sobre un bien, información sobre la disponibilidad, el coste estimado y el procedimiento para pedir las piezas de recambio que sean necesarias para mantener la conformidad del bien, así como la disponibilidad de instrucciones de reparación y mantenimiento y sobre las restricciones de reparación, siempre que toda esta información sea puesta en conocimiento del empresario que distribuye el bien por parte del productor».

Art. 97.1 proyectado: incluye en la información precontractual que debe facilitarse en el caso de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil:

«h) Los procedimientos de pago, entrega, incluidas opciones de entrega respetuosas con el medio ambiente si están disponibles, funcionamiento y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario».

«n) En relación con las garantías:

1.º El aviso armonizado, de manera destacada.

2.º Cuando proceda, la etiqueta armonizada, de manera destacada.

3.º Un recordatorio de la existencia de la garantía legal de conformidad para el contenido y los servicios digitales.

ñ) El período mínimo, ya se exprese con un período de tiempo o con una fecha de referencia, durante el cual el productor o el proveedor proporcione actualizaciones de programas (*software*) en el caso de los bienes con elementos digitales, de los contenidos digitales y de los servicios digitales, cuando el productor o el proveedor pongan esta información a disposición del empresario que lo distribuye».

«w) Cuando proceda la puntuación de reparabilidad de los bienes.

x) Cuando no haya puntuación de reparabilidad sobre un bien, información sobre la disponibilidad, el coste estimado y el procedimiento para pedir las piezas de recambio que sean necesarias para mantener la conformidad del bien, así como la disponibilidad de instrucciones de reparación y mantenimiento y sobre las restricciones de reparación, siempre que toda esta información sea puesta en conocimiento del empresario que distribuye el bien por parte del productor».

formadas y conscientes; y, añade, que una regulación adecuada en este ámbito no solo protege a los consumidores frente a posibles prácticas engañosas, sino que fomenta además una competencia más leal entre las empresas. Así, conforme al proyectado art. 20.1g), «Cuando se ponga a la venta un producto de consumo preenvasado con una cantidad nominal constante, o varias unidades de producto de forma empaquetada con unidades de producto constantes, deberá informarse de forma clara y comprensible a las personas consumidoras cuando se reduzca dicha cantidad o número de unidades incluidas en el paquete y esta reducción se traduzca en un aumento del precio por unidad de medida, manteniendo el mismo o similar diseño en su envase o empaquetado. Este deber de información se considerará cumplido cuando se indique de forma legible y visible en el punto de venta final la reducción de la cantidad envasada, o reducción en el número de unidades empaquetadas y el aumento de precio derivado de tal reducción, durante un plazo no inferior a 90 días desde la primera comercialización del producto con las nuevas características».

b) Se limita el precio de reventa, permitiendo únicamente su incremento conforme a la evolución del Índice de Precios al Consumo. Estamos ante una medida con la que se pretende garantizar, por una parte, que los consumidores lleven a cabo decisiones de compra de forma consciente, sin verse afectados por posibles prácticas comerciales abusivas o intrusivas que pueden afectar a sus decisiones, y, por otra, el acceso equitativo de la ciudadanía a los espectáculos públicos, evitando prácticas abusivas que distorsionen el mercado de entradas. Esta limitación de precios está expresamente prevista en 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, como medida complementaria a la prohibición de utilización de bots para la adquisición de entradas y su posterior reventa, incorporado en nuestra normativa a través del art. 27.6 LCD. Lo que se introduce ahora son los dos últimos incisos del art. 20.1c):

«En el supuesto, de reventa de entradas para espectáculos públicos y actividades recreativas, el precio final será el mismo precio al que se adquirió la entrada, pudiéndose incrementar exclusivamente según el Índice de Precios al Consumo durante el periodo transcurrido desde la compra de dicha entrada.

Lo dispuesto en el párrafo anterior aplicará a la reventa de entradas tanto dentro como fuera del establecimiento mercantil y a distancia».

4. CONCLUSIONES

En el contexto del Pacto Verde Europeo y la Agenda 2030, la Directiva (UE) 2024/825 introduce en el acervo comunitario una regulación específica —desde la óptica del Derecho privado— contra el *greenwashing* y la obsolescencia prematura —incluidas las prácticas obsoletas programadas—, estableciendo un marco que: 1) permita empoderar a los consumidores para que, dotados de las herramientas necesarias, cuenten con información clara veraz, comprensible, fiable y verificable sobre el impacto ambiental y la sostenibilidad de bienes y servicios, de modo que puedan identificar y elegir productos genuinamente sostenibles y contribuir así a la reducción del impacto ambiental negativo derivado del consumo; 2) prevenga y sancione las prácticas comerciales engañosas relacionadas con afirmaciones medioambientales y sociales, asegurando una competencia equitativa dentro del mercado entre los comerciantes que operan en él, al tiempo que se potencia ese empoderamiento del consumidor; 3) promueva la transparencia, exigiendo que las afirmaciones medioambientales se encuentren respaldadas por evidencias verificables; y 4) refuerce la circularidad de los productos, su durabilidad, reparabilidad y reciclabilidad, prohibiendo inducir al consumidor a adoptar decisiones de reemplazo tecnológico injustificadas o no necesarias desde el punto de vista técnico o funcional. Sobre esta base, la referida Directiva —complementada por la Directiva (UE) 2024/1799 y su apuesta por la reparabilidad de los bienes, extendiendo su vida útil— se revela como un instrumento clave para avanzar en la transición ecológica.

En el ámbito nacional, el Anteproyecto de Ley de Consumo Sostenible contiene una regulación innovadora y sistemática, que supone modificar principalmente —aunque no sólo— la LCD y el TRLGDCU-; dicha reforma, no obstante, va más allá de la mera trasposición de la normativa comunitaria, reaccionando firmemente ante el fenómeno de la reduflación y la técnica de la publicidad del miedo y limitando los precios de la reventa.

La reforma, a nuestro juicio, podría haber sido un poco más ambiciosa en relación con las afirmaciones de corte social. No obstante, creemos que, sobre el papel, debe valorarse muy positivamente; su efectividad, en cualquier caso, dependerá de que se desarrollen las herramientas técnico-legales necesarias para su aplicación y de la interpretación que de dicha normativa realicen nuestros órganos jurisdiccionales.

5. BIBLIOGRAFÍA

AMOR, C. «Primera decisión judicial en España sobre *Greenwashing*», 17 de marzo de 2025, en <https://baylos.com/blog/primera-decision-judicial-en->

- espana-sobre-greenwashing* (última consulta realizada 31/10/2025).
- AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION (ACCC), «Making environmental claims. A guide for business», December 2023, en <https://www.accc.gov.au/about-us/publications/a-guide-to-making-environmental-claims-for-business> (última consulta realizada 27 de octubre de 2025)
- AVILÉS GARCÍA, J. *Hacia un consumo sostenible: Compraventas de bienes, suministros digitales y nuevas medidas legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025.
- CALVERAS MARISTANY, A. «Contra el *greenwashing*: qué puede cambiar con la nueva directiva europea», 25 de septiembre de 2025, en <https://nadaesgratis.es/aleix-calveras/contra-el-greenwashing-que-puede-cambiar-con-la-nueva-directiva-europea> (última consulta realizada 31 de octubre de 2025)
- COMISIÓN EUROPEA, «El Pacto Verde Europeo, COM(2019) 640 final», Bruselas, 11.12.2019.
- «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 (2021/C526/01)», *DOCE*, 29 de diciembre de 2021, pp. 1-128, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.526.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A526%3ATOC (última consulta realizada 27 de octubre de 2025).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1207-1243.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. «Reparar, informar, transformar: anatomía crítica del nuevo marco legal para un consumo sostenible en España», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 55/2025, pp. 24-99, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10403193> (última consulta realizada 14 de octubre de 2025).
- MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- MAZA, P., «Publicidad Engañosa y Competencia Desleal: Jurisprudencia clave y cómo defenderte (SJM S/7/2025)», 28 de mayo de 2025, en <https://pablomazaabogado.es/jurisprudencia/publicidad-enganosa-greenwashing-repsol/> (última consulta realizada 31 de octubre de 2025)
- MAZA CORREA, J.P. «Publicidad Engañosa y Competencia Desleal: Jurisprudencia clave y cómo defenderte (SJM S/7/2025)», 5 de julio de 2025, en <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/publicidad-enganosa-y-competencia-desleal-jurisprudencia-clave-y-como-defenderte-sjm-s-7-2025-1.html> (última consulta realizada 31 de octubre de 2025).
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, CONSUMO Y AGENDA 2030, «Guía de comunicación sostenible: cómo incluir información medioambiental en tus estrategias y campañas», Madrid, 2023. en <https://www.dsca.gob.es/es/publicacion/guia-comunicacion-sostenible-version-castellano> (última consulta realizada 27 de octubre de 2025).
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, «España Circular 2030, Estrategia Española de Economía Circular», Madrid, 2020.
- «Guía para el cálculo de la huella de carbono y para la elaboración de un plan de mejora de una organización», Madrid, junio 2024.

- MIRANDA ANGUITA, A., «Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada. A propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 26, núm. 1, 2024, pp. 423-459, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8430> (última consulta realizada 27 de octubre de 2025)
- NOVAL PATO, J., «El blanqueo ecológico (*greenwashing*) como conducta competitiva desleal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 334, 2024, pp. 1-27 (versión electrónica).
- PRESICCE, L., «El legislador europeo contra el *greenwashing* derivado de la comunicación comercial y la obsolescencia programada: la nueva directiva para empoderar a los consumidores y favorecer la transición ecológica», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 147, 2024, pp. 1-32; Doi: <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00374>
- REBOLLO DÍAZ, P., «Primer caso de ecopostureo o *Greenwashing* en los tribunales españoles. Comentario de la Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 2 de Santander, de 21 de febrero de 2025», *Diario La Ley*, núm. 10680, 2025, pp. 1-13 (versión electrónica).
- TAPIA HERMIDA, A. J., «Decálogo europeo del consumo sostenible y de la batalla contra el *greenwashing*», *Diario La Ley*, núm. 10498, 2024, pp. 1-4 (versión electrónica).
- TATO PLAZA, A., «Sobre el uso de alegaciones medioambientales en la publicidad: estado actual y perspectivas de futuro», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 332, 2024, pp. 1-31 (versión electrónica).

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 297-329

DOI: 10.37417/VSECC/11

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

VIEJAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Pedro DEL POZO CARRASCOSA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN: LA MALEABILIDAD Y RESILIENCIA DE LA ENFITEUSIS.— 2. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA FINALIDAD DE LA PREVISIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE MEJORAMIENTO URBANO, AMBIENTAL Y SOCIAL DE LOS BARRIOS Y VILLAS.— 3. EL PROCESO LEGISLATIVO DE LA LEY DE MEJORAMIENTO URBANO, AMBIENTAL Y SOCIAL DE LOS BARRIOS Y VILLAS.— 4. LA FUNCIÓN DEL CENSO ENFITÉUTICO. ASPECTOS GENERALES: 4.1. El denominador común: el censo como pensión periódica garantizada por la finca gravada; 4.2. La enfiteusis como institución de conservación y mejora de fincas: 4.2.1. *Tradición y modernidad de la función*; 4.2.2. *El punto de partida: el derecho romano*; 4.2.3. *Negación y posterior recuperación de la enfiteusis: Francia*; 4.2.4. *La modernización de la enfiteusis: Québec y Bélgica*; 4.2.5. *Cataluña*.— 5. LA FUNCIÓN DEL CENSO DEL ART. 22 LMU: COMO MECANISMO DE PAGO DE UNA DEUDA ANTERIOR Y COMO GARANTÍA REAL IMPROPIA.— 6. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CENSO ENFITÉUTICO DEL ART. 22 LMU: 6.1. La obligación garantizada: 6.1.1 *Elementos del supuesto de hecho*; 6.1.2. *Carácter voluntario del nacimiento de la obligación de rescaramiento*; 6.1.3. *Obligación sometida a condición suspensiva: la trans-*

* Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER (UE).

La investigación es una versión corregida y ampliada, con numerosos nuevos argumentos y aclaraciones, del artículo «El cens emfitèutic com a dret real de garantia i com a mecanisme de pagament», que publiqué en la *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 26 (2022), pp. 109-133.

misión de la finca beneficiada por el FRU; 6.1.4. El importe de la obligación de resarcimiento y su concepto; 6.1.5. El acreedor de la obligación de restitución es el municipio; 6.2. Dinámica de la constitución del censo enfiteútico del art. 22 LMU: 6.2.1. Carácter voluntario de la constitución del censo; 6.2.2 Configuración como censo sometido a condición suspensiva; 6.2.3. Configuración como precontrato de constitución de censo enfiteútico; 6.2.4. Plazo para que tenga lugar el nacimiento del censo; 6.2.5. El propietario que constituyó el gravamen nunca será el censatario definitivo; 6.3. Publicidad registral del censo enfiteútico del art. 22 LMU; 6.4. La operatividad de la función de garantía: 6.4.1. El censo enfiteútico como mecanismo de pago; 6.4.2. La redimibilidad del censo enfiteútico y el pago anticipado de la deuda.— 7. REFLEXIONES FINALES.— 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. PRESENTACIÓN: LA MALEABILIDAD Y RESILIENCIA DE LA ENFITEUSIS

Las viejas instituciones de Derecho privado han mostrado con frecuencia una sorprendente capacidad de adaptación a las nuevas necesidades sociales. Ello explica que muchas estructuras jurídicas con una tradición secular sigan siendo útiles y operativas, dando respuesta a nuevos problemas y retos sociales, como el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible. Por ejemplo, el Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat) configura a los derechos de aprovechamiento parcial como herramientas muy útiles para conservar los recursos naturales y paisajísticos, como puede verse en su art. 563-1.

En este trabajo presento otro caso de maleabilidad y resiliencia de una institución clásica del derecho civil, la *enfiteusis*, para obtener interesantes resultados, no solo en relación con las políticas públicas de vivienda, sino también en el ámbito de la preservación del medio ambiente y de la implementación de los criterios generales de sostenibilidad. En concreto, se trata de la utilización del censo enfiteútico como derecho real de garantía y como mecanismo de reembolso a la Administración por las actuaciones de mejora de las condiciones de vida de la población en las áreas urbanas que, por sus características sociales, económicas y ambientales, requieren una atención especial. Estas funciones del censo enfiteútico constituyen una novedad en el derecho civil de Cataluña, recogida en la *Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas* (a la que nos referiremos de manera abreviada como LMU), parcialmente modificada por el *Decreto ley 2/2025, de 25 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de vivienda y urbanismo*¹.

¹ Algunos aspectos de la Ley 11/2022 han sido desarrollados por el Decreto 163/2025, de 29 de julio, de despliegue de la Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas para aprobar las bases reguladoras de las subvenciones y crear la Oficina Técnica de Barrios y Villas. Sin perjuicio de hacer alguna referencia puntual a esta norma, la regulación que ofrece este Decreto no afecta al contenido esencial del presente trabajo, que es el estudio del censo enfiteútico contemplado en el art. 22 LMU.

Debemos felicitar al legislador por esta iniciativa, pues aunque la norma es suceptible de algunas mejoras, como veremos en las páginas que siguen, la nueva regulación es correcta desde el punto de vista técnico jurídico y es muy útil desde el punto de vista social.

2. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA FINALIDAD DE LA PREVISIÓN CONTENIDA EN LA LEY DE MEJORAMIENTO URBANO, AMBIENTAL Y SOCIAL DE LOS BARRIOS Y VILLAS

La piedra angular de la LMU es la creación del denominado *Fondo de Recuperación Urbana, Ambiental y Social de Barrios y Villas de Atención Especial*, al que designaremos de manera abreviada como FRU. Este fondo, a cargo del presupuesto anual de la Generalitat², pretende hacer frente a necesidades sociales vinculadas al ámbito urbanístico y a la sostenibilidad ambiental y energética, como pone de relieve el art. 1.3 LMU. En concreto, este precepto señala que con este fondo se pretende «contribuir a evitar el riesgo de fractura social y a hacer frente a la crisis ambiental por medio de la mejora de las condiciones de vida de la población en los barrios, villas y áreas urbanas que sufren déficits urbanísticos, baja calidad de la edificación, falta de equipamientos y servicios, dificultades de accesibilidad, riesgos ambientales, exposición grave a los efectos de la emergencia climática, alta vulnerabilidad social y riesgos de exclusión»³. La preocupación por un desarrollo sostenible está también presente en los arts. 12 a 14 LMU, con referencias a conceptos esenciales como la transición ecológica, la infraestructura verde, la economía circular y la eficiencia energética e hídrica de los edificios.

Los *beneficiarios* del fondo son los municipios —individualmente o junto con otros— y las entidades municipales descentralizadas (art. 7 LMU)⁴. Debemos destacar que los beneficiarios también deben contribuir económicamente a la ejecución de los proyectos, pues el art. 20.1 LMU establece un límite a la aportación del FRU, que va desde un mínimo del 50 por 100 a un máximo del 75 por 100 del presupuesto global

² Aunque no se excluye la financiación estatal, de la Unión Europea o de otras fuentes (art. 5 LMU).

³ El art. 2 LMU precisa cuáles son los «objetivos generales» de la LMU, de los que podemos destacar los siguientes:

«b) Facilitar la adaptación a los efectos del cambio climático, para evitar que estos tengan un impacto diferenciado sobre la población más vulnerable. [...]

e) Promover la rehabilitación de inmuebles de uso residencial.

f) Mejorar la calidad del espacio urbano y la dotación de servicios y equipamientos públicos o de uso colectivo. [...]

i) Avanzar en la transición hacia la sostenibilidad ambiental y energética de los barrios y villas».

⁴ Para no sobrecargar la redacción, en este trabajo los designaremos genéricamente como «municipio» o, para evitar repeticiones, como «Administración», en general.

del proyecto⁵, aunque excepcionalmente podría llegar al 90 por 100, si la convocatoria así lo prevé. En cualquier caso, la existencia de ayudas públicas no impide que las actuaciones recaigan sobre inmuebles de propiedad privada, como prevé explícitamente el art. 9.5 LMU; por ejemplo, para mejorar las condiciones de habitabilidad, la eficiencia energética y la accesibilidad (art. 13.1 LMU). Por lo general, las ayudas de este tipo a particulares son *a fondo perdido*, pues forman parte de las políticas públicas de vivienda y pretenden la realización de unas mejoras que sin ellas no se harían, ya que en muchas ocasiones los propietarios de estas fincas no tienen recursos suficientes para ello; por ejemplo, la instalación de un ascensor puede suponer un gasto inasumible para muchas comunidades en régimen de propiedad horizontal, por lo que en estos casos, la ayuda pública es esencial para la realización de esta mejora. El FRU pretende dar respuesta a situaciones y necesidades de este tipo.

Sin embargo, esta finalidad social se perdería si el incremento de valor de las fincas gracias a las ayudas del FRU sirviese para el lucro personal y la especulación; en el ejemplo anterior, es evidente que el hecho de tener ascensor aumenta el valor de cada uno de los pisos del edificio, especialmente de los que ocupan las plantas superiores. Aquí es donde entra la figura del censo enfiteúutico, en la novedosa función que la LMU ha dado a esta figura. En concreto, el art. 22 LMU permite que, si una vivienda o local de propiedad privada que se ha beneficiado directamente de las ayudas derivadas del FRU es objeto de *transmisión*, la Administración pueda ser acreedora *del adquirente* por el incremento de valor que la finca tuvo gracias a la citada ayuda pública, resarcándose así de la inversión realizada. Pero el artículo va más allá, pues permite ese crédito *se vehiculice mediante un censo enfiteúutico* que grave la finca transmitida. Este censo tiene dos funciones: de pago y de garantía de la citada deuda.

Lo vemos resumido en el art. 22.1 LMU, titulado «Censo enfiteúutico», que iremos desarrollando:

1. Las viviendas y los locales de propiedad privada que se benefician directamente de ayudas, subvenciones o actuaciones públicas en aplicación de la presente ley mediante mejoras, ya sea en el inmueble o en los elementos comunitarios de la edificación, pueden estar⁶ afectados por un censo enfiteúutico a fin de que, en caso de transmisión, las administraciones públicas puedan resarcirse, en su caso, del incremento del valor de los inmuebles derivado de las inversiones efectuadas. [...].

⁵ De acuerdo con el art. 20.2 LMU, la aportación puede ser no solo económica, sino también en aportaciones materiales o de prestación de servicios por parte de la Administración de la Generalitat.

⁶ *Sic*; debería decir «pueden *ser* afectados», expresión que deja más claro que el censo se crea a raíz de las actuaciones basadas en el FRU. La versión de la ley en catalán emplea correctamente el verbo «ésser».

Estas nuevas funciones que el legislador catalán ha atribuido al censo enfitéutico sin duda revisten un gran interés, tanto desde el punto de vista jurídico como social. Sin embargo, la parquedad de la regulación que ofrece la LMU requiere dar respuesta a diferentes dudas que se plantean. A ello dedicaré las páginas que siguen, tras hacer una breve referencia al proceso legislativo del art. 22 LMU y presentar los aspectos generales y la función del censo en la regulación general de referencia, que es la contenida en el Código Civil de Cataluña.

3. EL PROCESO LEGISLATIVO DE LA LEY DE MEJORAMIENTO URBANO, AMBIENTAL Y SOCIAL DE LOS BARRIOS Y VILLAS

El art. 22 de la *Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas*, es una novedad surgida durante su tramitación parlamentaria, pues ni el anteproyecto de la LMU ni su antecedente legislativo inmediato, la *Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial* (derogada explícitamente por la Disposición Derogatoria de la LMU), contenían ninguna norma homologable al actual art. 22 LMU.

En concreto, el citado artículo nace de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de *En Comú Podem* al articulado de la *Proposició de llei de millora urbana, ambiental i social dels barris i viles*. Se trata de la enmienda número 22, de adición de un nuevo art. 18ter⁷, que además de algunas imprecisiones, contenía un inexplicable error de concepto, al señalar, en su primer apartado, que las viviendas y locales que se benefician directamente del Fondo «serán inscritos en un censo enfitéutico a fin de que, en caso de transmisión, el valor de la inversión realizada por la Generalitat sea retornado»⁸. Afortunadamente, este error fue corregido durante la tramitación posterior, por lo que no es necesario que ahora nos extendamos en su examen. El único interés de esta insólita «inscripción en un censo enfitéutico» radica en la idea, mal concretada técnicamente, de la utilización del censo enfitéutico como garantía de una deuda frente a la Administración.

⁷ Este artículo se integraba en el Capítulo VI, titulado «*Govern de les transformacions urbanes*», que la enmienda número 20, también de *En Comú Podem*, proponía añadir al texto resultante de la ley. Véase el *BOPC*, XIV legislatura, del martes 4 de octubre de 2022, p. 24.

⁸ Traducción del autor. El texto íntegro del artículo propuesto es el siguiente:

«Article 18 ter. Cens emfitèutic

1. Els habitatges i locals que es beneficiïn directament de l'aplicació d'aquesta llei, ja sigui a través de millores en el propi immoble o en els elements comunitaris de l'edificació, seran inscrits en un cens emfitèutic per tal que, en cas de transmissió, el valor de la inversió realitzada per la Generalitat sigui retornada.

2. La Generalitat és l'administració responsable de la creació i gestió d'aquest cens.

3. Els recursos recaptats a través de l'aplicació d'aquest cens es destinaran al finançament del Fons de recuperació social, urbana i ambiental creat per aquesta llei».

4. LA FUNCIÓN DEL CENSO ENFITÉUTICO. ASPECTOS GENERALES

4.1. El denominador común: el censo como pensión periódica garantizada por la finca gravada

El Código Civil de Cataluña configura el censo como un derecho real cuyo contenido esencial es garantizar el pago de una pensión periódica (véanse especialmente los arts. 565-1.1 y 565-8.6 CCCat)⁹. El Código distingue dos clases de censo: el enfitéutico y el vitalicio. En su art. 565-2 precisa que «el censo es enfitéutico si se constituye con carácter perpetuo y redimible a voluntad del censatario» (apartado 1º), y que «el censo es vitalicio si se constituye con carácter temporal e irredimible a voluntad del censatario, sin perjuicio de que pueda pactarse la redimibilidad de forma expresa» (apartado 2º).

La descripción que el art. 565-2.1 CCCat hace del censo enfitéutico como un derecho de carácter perpetuo, deriva de la tradición histórica de esta figura en la sociedad catalana y de su Derecho civil. Es por ello que la literalidad de ese precepto puede sorprender, si se pone en relación con la regulación de la enfiteusis del art. 22 LMU. En efecto, mientras que el artículo del Código identifica literalmente el censo enfitéutico como un gravamen de carácter temporalmente indefinido (perpetuo pero redimible), el art. 22 LMU lo configura como un derecho necesariamente temporal, con una duración máxima de diez años.

En realidad no hay contradicción alguna entre una y otra regulación del censo, sino una redacción equivocada del art. 565-2.1 CCCat, que si bien refleja el tradicional carácter indefinido de la enfiteusis, en realidad no concuerda con el contenido de otros artículos del mismo Código, que permiten que la misma sea temporal. La interpretación sistemática del art. 565-2.1 permite afirmar que, a pesar de su literalidad, no se excluye que, por pacto, el censo enfitéutico se constituya con carácter temporal, sometiéndolo a término final¹⁰. Ello se puede deducir, en primer lugar, de la remisión que el art. 565-11.1 CCCat hace a las

⁹ En concreto, el art. 565-1.1 CCCat describe el censo como «una prestación periódica dineraria anual, de carácter perpetuo o temporal, que se vincula con carácter real a la propiedad de una finca, la cual garantiza su pago directa e inmediatamente». Véase POZO, VAQUER y BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 462.

¹⁰ La posibilidad de que el censo enfitéutico se sometiese a un plazo determinado quedaba clara en el art. 10.2.b de la *Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos*, precedente del articulado del Código Civil de Cataluña sobre esta materia; esta ley contemplaba específicamente la llegada del plazo y el cumplimiento de la condición como causas de extinción del censo.

La fijación de un plazo no es posible, en cambio, en el caso del censo vitalicio, en el que el «carácter temporal» del apartado segundo del mismo precepto, transcrito antes en el texto, debe entenderse referido al tiempo de vida de una o dos personas que vivan en el momento de la constitución del censo, concordando así con la redacción del art. 565-29 CCCat.

causas generales de extinción de los derechos reales, entre las cuales el art. 532-1 CCCat contempla las que se establecen en el título de constitución del derecho, título en el que, obviamente, se puede fijar un plazo de duración del mismo. Además, la posibilidad de someter el censo enfiteutico a plazo es clara en la referencia explícita que, en materia de cancelación registral, hace el art. 565-11.4 a los «censos constituidos por un plazo determinado». Por otra parte, el carácter temporal de la enfiteusis, normalmente con plazos muy largos, es habitual en la regulación que de esta figura hacen algunos ordenamientos de nuestro entorno cultural, como veremos en el apartado siguiente. En definitiva, el carácter necesariamente temporal que tiene el censo del art. 22 LMU encaja en la regulación general de la enfiteusis que ofrece el Código Civil de Cataluña.

4.2. La enfiteusis como institución de conservación y mejora de fincas

4.2.1. Tradición y modernidad de la función

La configuración jurídica del censo que acabamos de describir, sobre la base de su regulación en el Código Civil de Cataluña, y que en esencia vincula el aspecto obligacional del pago de la pensión con el aspecto real de la garantía de este pago por la finca gravada, permite dar respuesta a intereses muy variados y cubrir finalidades muy diversas.

El denominador común de todas estas posibles finalidades es que el censalista tiene un evidente interés en conservar adecuadamente la finca gravada y, si es posible, introducir mejoras en ella, aumentando así su valor, constituyendo una base económica suficiente para hacer frente al pago de las pensiones. Debemos precisar que la finca no necesariamente financia el pago de la pensión, ni el importe de la misma depende de la existencia y el valor de los frutos, como en la aparcería. Ahora bien, es conveniente que la finca conserve y, mejor aún, aumente su valor, en tanto que es garantía del pago de las pensiones.

Sobre esta base económica, en nuestro entorno cultural la enfiteusis se ha utilizado como un instrumento de política territorial y social; así lo demuestra la experiencia exitosa de países como Suecia, Bélgica y los Países Bajos. Con diferentes tipologías de enfiteusis, sobre la base de la duración, el canon o su combinación con el derecho de superficie, la enfiteusis ha permitido construir políticas agrícolas, industriales y de vivienda eficaces a partir del patrimonio de las Administraciones públicas¹¹.

¹¹ HAUMONT, *les espaces collectifs privés*, p. 63, lo resume perfectamente: «Il apparaît de plus en plus évident que les pouvoirs publics, au lieu de vendre les terrains qui leur appartiennent ont intérêt à n'en céder que l'usage sous forme d'emphytéose. Une telle politique ne

Esta versatilidad de la enfiteusis tiene una larga tradición histórica, consolidada ya en el Derecho romano, pero está también presente en los códigos civiles más modernos, que reconocen así la bondad y la utilidad de la institución.

A continuación, veremos algunos hitos especialmente significativos de la evolución de la figura.

4.2.2. *El punto de partida: el Derecho romano*

El *Codex* de Justiniano (siglo VI) acoge dos disposiciones del propio Justiniano, y otra del emperador Zenón (siglo V), que constituyen la regulación consolidada de los aspectos fundamentales de la enfiteusis, configurándola como un derecho real, empleado tanto por las instituciones públicas como por los particulares¹². En concreto, la enfiteusis está regulada en el *Codex*, Libro 4, Título 66 (*De iure emphyteutico*). El concepto o descripción de la institución se halla en la primera parte de C 4,66,1. Según este texto, el derecho de enfiteusis no debe clasificarse ni como un arrendamiento ni como una enajenación, sino como una tercera especie distinta de ellos; tiene un concepto y una definición propios, y es un contrato válido y justo, que debe ser observado por todos de manera perpetua¹³. La continuación de esta ley,

s'applique plus uniquement à la construction d'industries ou de bureaux mais également à celle de logements que ce soit sous forme d'immeubles à appartement ou même de maisons unifamiliales». véase una explicación detallada de esta cuestión en HAUMONT, «*Emfiteusi*», *passim*. En la misma línea, y centrada en la nueva regulación de la enfiteusis en el Código Civil belga, véase PIRLET, *Droit d'emphytéose*, pp. 322-323.

Un ejemplo de la utilidad moderna de la enfiteusis es el hecho de que numerosos inmuebles de la administración de la Unión Europea están en régimen de enfiteusis, lo que comporta estabilidad por la larga duración del derecho y economía por el importe moderado de la pensión en relación con la de un arrendamiento, además de la posibilidad de incluir un derecho de opción de compra (véase SUÁREZ, *Enfiteusis*, pp. 16-17).

¹² Véase D'ORS, *Derecho privado romano*, p. 595 (par. 504), TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, pp. 311-315, y FRENETTE, *De l'emphytéose*, pp. 21-22. FUENTESECA, *De emphyteutico iure*, p. 132, reconoce «la dificultad de encuadrar la institución en alguna de las categorías jurídico-privadas ya existentes o dentro de los *iura in re aliena*, puesto que la situación del *emphyteuta*, análoga a la del propietario, únicamente permite calificarlo como *ius in re*. No ostenta la plena propiedad, porque continúa gravado con la obligación del pago del canon. Y por otra parte, es un derecho más amplio que el usufructo, en cuanto puede ser transmitido por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y además el fundo sobre el que recae es susceptible de un cambio en su destino económico, mientras no suponga una devaluación del mismo».

¹³ Traducción y resumen del autor. C 4,66,1 establece:

«*Ius emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum: conceptionem item definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente, habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodire: [...]*». Texto transcrito del *Corps de Droit Civil Romain en latin et français*, t. 9, Aalen, 1979 (reimpresión de la edición de Metz, 1807).

así como las otras dos que integran el citado título regulan diferentes cuestiones referentes a las mejoras que el enfiteuta introduce en la finca, lo que confirma la finalidad de conservación y desarrollo que ya revestía la institución.

A partir del siglo XII, con la recepción y generalización del derecho romano en Europa occidental, tuvo lugar un cambio aparente en la configuración jurídica de la enfiteusis, aunque en principio sin comportar variaciones significativas en las relaciones entre el propietario y el enfiteuta. Se trata de la denominada *teoría del doble dominio*, o del *dominio dividido*, fruto del trabajo de los glosadores y comentaristas, pero sin una relación directa con los textos del Derecho romano, como C 4,66,1, que hemos citado antes.¹⁴ El ámbito en el que la distinción entre un dominio útil y un dominio directo tuvo una mayor trascendencia es el de las relaciones de feudalidad¹⁵.

La codificación, consecuencia importante de la caída del antiguo régimen, hizo desaparecer la enfiteusis de muchos ordenamientos, por su resabio feudal, y en los que se mantuvo, la configuración como un dominio dividido pasó a ser meramente residual¹⁶. En la actualidad, esta institución ha recuperado su genuina naturaleza —y técnicamente mucho más clara— de derecho real en cosa ajena, como veremos a continuación.

¹⁴ En esta línea, FRENETTE, *De l'emphytéose*, p. 27 da la clave: «Ils [los glosadores] appliquèrent aux droits respectifs des parties le qualificatif des actions les sanctionnant en droit romain. Le propriétaire, ayant l'action in rem directa, devait en toute logique, selon les glossateurs, avoir le domaine direct et l'emphytéote, du fait de son action in rem utilis, le domaine utile. C'était la théorie du double domaine ou du domaine divisé; une transposition originale des mots qui, à la rigueur, n'ajoutait ou ne modifiait en rien la nature juridique de la relation propriétaire-emphytéote. Mais les choses ne restèrent pas là, parce que les nouveaux termes choisis furent très vite mêlés de féodalité. Dès le XIIIe siècle, et cela en Patria iuris scripti, le principe du dédoublement de la propriété servait d'explication tant aux concessions emphytéotiques qu'aux concessions seigneuriales».

La conclusión de FRENETTE (p. 30) es clara: «Indépendamment de la définition donnée à chacun de ces domaines selon leurs attributs respectifs, soit en matière d'emphytéose ou autre, une chose est certaine: la théorie du double domaine, et ce malgré les sources dont on s'autorisait, n'avait rien de droit romain. Familiers avec les démembrements de la propriété, les romains ne l'étaient pas avec le dédoublement d'icelle sur un même objet. La théorie du domaine divisé, à l'origine, constitue tout au plus une nouvelle façon de qualifier le droit respectif des parties en présence. Elle s'harmonise avec les idées de l'époque admettant "la coexistence sur une même chose de puissances diverses", mais elle ne répond pas ab initio à la superposition de deux droits de propriété sur cette même chose».

Sobre el papel de los glosadores y comentaristas en la configuración de la enfiteusis, véase FUENTESECA, *De emphyteutico iure*, pp. 141-150.

¹⁵ FRENETTE, *De l'emphytéose*, pp. 27-29.

¹⁶ Aún subsiste en el Código Civil español (véase especialmente su art. 1605), aunque se trata de una institución raramente utilizada.

4.2.3. *Negación y posterior recuperación de la enfiteusis: Francia*

El Código Civil francés no regula la enfiteusis, pues el legislador de 1804 la consideró una carga demasiado gravosa para el derecho de propiedad, además de entrañar el riesgo de restauración de conceptos feudales¹⁷.

Sin embargo, el legislador francés recuperó la institución en la Ley de 25 de junio de 1902, con el nombre de *bail emphytéotique*, en una regulación que, con algunas modificaciones, está ahora recogida en el *Code rural et de la pêche maritime* (art. L.451-1 a L.451-13, con redacción del año 1983). El primero de estos artículos califica al *bail emphytéotique* de derecho real, susceptible de hipoteca y de transmisión, con una duración mínima de dieciocho años y máxima de noventa y nueve.

En la misma línea, aunque evitando cualquier referencia a la palabra enfiteusis o similar, se sitúa la figura del *bail à construction*, recogida en el *Code de la construction et de l'habitation* (art. L.251-1 a L.251-9, con redacción del año 2006). Sus arts. L.251-1 a L.251-3 califican también a esta figura como un derecho real, con la misma duración de entre dieciocho y noventa y nueve años, si bien en este caso destaca la finalidad de la institución, de realizar construcciones y mantenerlas en buen estado hasta la finalización del *bail*, momento en que revertirán al propietario.

4.2.4. *La modernización de la enfiteusis: Québec y Bélgica*

El espíritu de la legislación justiniana, de configuración de la enfiteusis como una institución útil para la conservación y mejora del patrimonio inmobiliario fue acogido por el ordenamiento jurídico de la provincia canadiense de Québec ya desde su primer código civil, el *Code Civil du Bas-Canada* de 1866¹⁸, y persiste en el vigente *Code Civil du Québec* de 1991 (CCQ).

En este sentido, los art. 1195.1 y 1200 CCQ describen la enfiteusis como el derecho que permite a una persona utilizar temporalmente un inmueble ajeno, con todos los derechos ligados a la calidad de propietario, a condición de no comprometer su existencia y con la carga de hacer construcciones, obras o plantaciones que aumenten su valor de manera duradera¹⁹.

¹⁷ En este sentido, véase AKKERMANS, *Introduction*, p. 33.

¹⁸ En esta línea, FRENETTE (*De l'emphytéose*, p. 54) destaca que la enfiteusis recupera así su vitalidad y utilidad de épocas anteriores, tanto en el ámbito rural como en el urbano.

¹⁹ Resumen y traducción del autor. En concreto, los citados artículos establecen:

Art. 1195.1: «*L'emphytéose est le droit qui permet à une personne, pendant un certain temps, d'utiliser pleinement un immeuble appartenant à autrui et d'en tirer tous ses avantages,*

Si bien la enfiteusis es un derecho real²⁰, su contenido la aproxima mucho al derecho de propiedad, de la que se distingue por su duración, pues solo se puede conceder por un máximo de cien años (art. 1197 CCQ), y por el hecho de que el enfiteuta no solo no puede deteriorar el inmueble cedido, sino que debe devolverlo con las mejoras a las que acabamos de aludir²¹.

Por lo que se refiere a Bélgica, desde el año 2019 este país tiene un nuevo Código Civil (CCB)²². Buena parte de su contenido ya ha sido promulgado, mientras que algunas partes lo serán en los próximos años. En lo que afecta al presente trabajo, el Libro 3, titulado «Les Biens» (Los Bienes)²³, regula la enfiteusis («droit d'emphytéose») en sus art. 3.167 a 3.176).

El art. 3.167 CCB²⁴ define la enfiteusis como un *derecho real de uso* que confiere a su titular un uso y disfrute plenos de un inmueble ajeno. El enfiteuta no puede hacer nada que disminuya el valor del inmueble, sin perjuicio de su uso normal, su antigüedad o casos de fuerza mayor. Aunque este contenido podría recordar al del usufructo (art. 3.138 CCB), en realidad es mucho más amplio; en especial, cabe destacar que, salvo pacto en contra, el enfiteuta puede *modificar la destinación* del inmueble, lo que contradiría al tradicional principio *salva rerum substantia* que preside el usufructo.

Otra nota a destacar de la regulación de la enfiteusis en el Código Civil de Bélgica es su *carácter temporal*; su duración no puede ser inferior a quince años, ni superior a noventa y nueve, aunque es posible la prórroga del plazo, sin superar el máximo, así como la renovación del acuerdo constitutivo del censo. Sin embargo, es posible que la enfiteusis sea *perpetua* cuando el propietario la constituye con una finalidad relacionada con el dominio público²⁵, lo que normalmente tendrá lugar cuando el propietario es la Administración.

à la condition de ne pas en compromettre l'existence et à charge d'y faire des constructions, ouvrages ou plantations qui augmentent sa valeur d'une façon durable».

Art. 1200: «L'emphytéote a, à l'égard de l'immeuble, tous les droits attachés à la qualité de propriétaire, sous réserve des limitations du présent chapitre et de l'acte constitutif d'emphytéose».

²⁰ El art. 1119 CCQ la incluye explícitamente entre los *démembrements de la propriété*.

²¹ Véase LAFOND, *Précis de droit des biens*, pp. 926-927.

²² Ley de 13 de abril de 2019, con entrada en vigor el 1º de noviembre de 2020. Desde esa fecha, el código civil de 1804 pasa a denominarse «ancien Code civil» (antiguo Código civil).

²³ Ley de 4 de febrero de 2020, con entrada en vigor el 1º de septiembre de 2021.

²⁴ Este precepto establece:

«Art. 3.167. Définition

Le droit d'emphytéose est un droit réel d'usage conférant un plein usage et une pleine jouissance d'un immeuble par nature ou par incorporation appartenant à autrui.

L'emphytéote ne peut rien faire qui diminue la valeur de l'immeuble sous réserve de l'usage normale, de la vétusté ou d'un cas de force majeure; il peut, sauf clause contraire, modifier la destination de l'immeuble».

²⁵ El art. 3.169 CCB establece:

«Art. 3.169. Durée

Finalmente, una nota a destacar es que el canon ya no es un elemento necesario y constitutivo de la enfiteusis, como se deduce de la total ausencia de referencias al mismo en la nueva regulación contenida en los art. 3.167 y sig. CCB²⁶. Sin embargo, esta ausencia no excluye la posibilidad de que el propietario y el enfiteuta pacten un canon o pensión²⁷.

4.2.5. *Cataluña*

En el caso de Cataluña, en los últimos siglos, y con configuraciones jurídicas en parte diferentes de la que actualmente regula su Código Civil, el denominador común de las modalidades de enfiteusis es haber permitido a muchas personas el acceso a un cierto modelo de propiedad, normalmente a perpetuidad, tanto de fincas rústicas como urbanas, gracias a no haber de pagar un precio de adquisición, o a pagar solo una pequeña parte del valor que tendría la propiedad de la finca libre del gravamen. La principal contraprestación que percibe el propietario que transmite su finca, gravándola con un censo a su favor, es la percepción de una pensión a perpetuidad, o durante toda la vida del gravamen²⁸.

En esta línea, en los últimos años en Cataluña algunos autores han defendido la bondad de la enfiteusis como herramienta de política de ordenación urbana, no solamente por lo que se refiere a las viviendas, sino también en relación con oficinas, centros comerciales o polígonos industriales²⁹. El censo puede contribuir a abaratar el precio del terreno a edificar y permite a la Administración controlar las características de los edificios y el uso que de ellos se hará³⁰, de acuerdo con sus criterios de política económica y social. Tampoco es desdeñable el hecho de que el censo sea una fuente regular de ingresos que la Administración puede destinar a las citadas políticas. Así mismo, es preciso también destacar la plusvalía que la Administración puede obtener si alguna

Nonobstant toute clause contraire, la durée du droit d'emphytéose ne peut être inférieure à quinze ans ni supérieure à nonante-neuf ans. Le droit d'emphytéose peut être prorogé sans que sa durée totale puisse excéder nonante-neuf ans. Il peut être renouvelé de l'accord exprès des parties.

Le droit d'emphytéose peut être perpétuel lorsque et tant qu'il est constitué, par le propriétaire de l'immeuble, à des fins de domanialité publique».

²⁶ Observemos la diferencia conceptual con el Código Civil de Cataluña, cuyo art. 565-8.1 describe la pensión como «el contenido esencial del derecho de censo».

²⁷ Sobre esta cuestión, véase PIRLET, *Droit d'emphytéose*, pp. 331-332.

²⁸ La obra de referencia en el estudio de evolución histórica de la configuración jurídica del censo en Cataluña es la de Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi*. En cuanto al análisis económico de la enfiteusis en Cataluña, resulta fundamental la obra de Pierre VILAR, *Catalunya dins l'Espanya moderna*, especialmente su vol. 3, pp. 551-565.

²⁹ Véase GONZÁLEZ BOU, «El censo enfiteutico», p. 26, y MIRAMBELL y GINER, «Comentarios», p. 1458-1460.

³⁰ HAUMONT, *L'emphytéose*, pp. 19 y 29, destaca esta característica.

vez vuelve a adquirir la propiedad de la finca, lo que puede suceder cuando la enfiteusis grava no una propiedad indefinida en el tiempo, sino sometida a un plazo, como en el caso de la denominada propiedad temporal o en el del derecho de superficie (arts. 547-1 y 564-1 CCCat, respectivamente)³¹.

Aunque queda fuera del ámbito de este trabajo, una última finalidad del censo que merece la pena destacar, y que en la actualidad ha adquirido gran relevancia, es la del denominado censo *vitalicio*, figura a la que el CCCat ha prestado una atención especial. El vitalicio es un censo caracterizado por tener una duración temporal, concretada en la vida de una o dos personas que vivan en el momento de la constitución del mismo (art. 565-29 CCCat); además, se trata de un censo irredimible, salvo que las partes hayan pactado lo contrario (art. 565-30 CCCat). El censo vitalicio tiene una función de previsión social muy importante, pues permite a personas que son titulares un cierto patrimonio inmobiliario, pero que no tienen ingresos económicos suficientes, mantener un nivel de vida digno durante el resto de su vida. Como complemento de la operatividad de este censo, el Código Civil de Cataluña permite explícitamente pactar que el censalista, que ha transmitido la propiedad de la finca al censatario, continúe en la posesión de la misma, reservándose un derecho de usufructo sobre ella (art. 565-33 CCCat)³².

5. LA FUNCIÓN DEL CENSO DEL ART. 22 LMU: COMO MECANISMO DE PAGO DE UNA DEUDA ANTERIOR Y COMO GARANTÍA REAL IMPROPIA

La garantía del cumplimiento de una obligación es la función que tipifica una serie de derechos reales, identificados precisamente como derechos *reales de garantía*³³. El art. 104 LH describe perfectamente esta función al señalar que el derecho real de hipoteca *sujeta* el bien hipotecado al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyó³⁴.

La función de garantía puede hallarse también en otros derechos reales que, en principio, no están pensados para cubrir esta finalidad, pero cuya estructura jurídica y contenido económico no son incompatibles.

³¹ Según el art. 565-1 CCCat, el censo «se vincula con carácter real a la *propiedad* de una finca», formulación que no excluye que la propiedad tenga un carácter temporal o sea superficial (que también es temporal).

El beneficio de la plusvalía también es destacado por HAUMONT, *L'emphytéose*, p. 19.

³² Véase POZO, VAQUER y BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 474.

³³ La denominación «derechos reales de garantía» es la del Capítulo IX del Título VI del Libro V del Código Civil de Cataluña y es el título de su primer artículo, el 569-1.

³⁴ Véanse también los arts. 569-3 y 569-12 CCCat, en relación con el derecho de retención y la prenda, respectivamente.

tibles con asegurar el cumplimiento de una obligación. En estos casos podemos calificar a la garantía real como *impropia*. Dado que esta función no está prevista explícitamente por la ley, ello ha favorecido la utilización de figuras como la venta a carta de gracia y el derecho de opción, cuya función genuina no es la de operar como garantía, para burlar la prohibición del llamado pacto comisorio, es decir, del acuerdo que permitiría al acreedor quedarse con el objeto de la garantía, en caso de incumplimiento de la obligación asegurada. Estas operaciones quedan fuera de la ley, pues la prohibición del pacto comisorio rige como principio en el ordenamiento civil catalán (art. 569-2 CCCat implícitamente, y art. 1858 CCE de manera explícita), sin perjuicio de la existencia de algunas excepciones perfectamente justificadas³⁵.

En otras ocasiones, la función de garantía que puede desplegar un derecho real que, en principio, no estaría pensado para eso, sí que está admitida y prevista explícitamente en la ley. A pesar de esta previsión, también en este caso la garantía puede calificarse como *impropia*, pues la regulación legal acostumbra a tener un carácter marginal o residual. Normalmente esta previsión suele ser muy sobria, prácticamente una mera referencia a la nueva función del derecho real en cuestión, por lo que el contenido y la operatividad de la garantía acostumbra a generar muchas dudas que el intérprete debe resolver. Este es el caso del derecho de usufructo, que se puede constituir «en garantía o en seguridad de una obligación dineraria» (art. 561-3.2.c CCCat)³⁶.

Lo mismo sucede en la regulación del censo en el art. 22 LMU. Este precepto atribuye al censo enfiteútico una doble función, de pago y de garantía, pero la exigua regulación deja muchos interrogantes abiertos.

La primera función que aquel artículo atribuye al censo es de pago, pues las pensiones devengadas por el censo constituyen el mecanismo de pago que permitirá a la Administración resarcirse del incremento de valor de un inmueble como consecuencia de las inversiones efectuadas tras obtener una ayuda a cargo del FRU, cuando este inmueble ha sido transmitido a un tercero, diferente por tanto de quien se benefició directamente de la citada ayuda pública. El mecanismo técnico es la *imputación* de las pensiones devengadas por el censo al pago de la deuda frente a la Administración.

³⁵ Véase POZO, VAQUER y BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, pp. 532-533.

³⁶ La regulación de este precepto se limita a dos cuestiones. La primera, a permitir el efecto anticrético, ya que «las utilidades del bien gravado se imputan al pago de la deuda». En cambio, no se hace referencia alguna a la ejecución forzosa en caso de impago de la deuda, que sí se contempla explícitamente en el art. 569-2.1.b CCCat para los derechos reales que propiamente se califiquen como de garantía; sin embargo, es evidente que la ejecución forzosa del derecho de usufructo en garantía debe admitirse. La segunda cuestión que regula el Código Civil de Cataluña es que, lógicamente, la extinción de la obligación garantizada da lugar a la extinción del usufructo (art. 561-16.1.g CCCat).

La segunda función es de garantía. En caso de incumplimiento de la obligación descrita, la finca gravada actúa como garantía del pago de la citada deuda, como función típica del censo (arts. 565-1.1 y 565-8.6 CCCat). Esta función de garantía hace que el censo sea accesorio de la obligación garantizada, de manera que su nacimiento, su existencia y su extinción dependen directamente de las mismas vicisitudes, pero referidas a una obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar.

No hay duda de que esta nueva doble función que el legislador catalán ha atribuido al censo enfiteútico reviste un gran interés, tanto desde el punto de vista jurídico como del social. No obstante, la parquedad de la regulación que ofrece la LMU hace que sea necesario dar respuesta a diferentes dudas que se plantean; a ello dedicaré las páginas siguientes.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CENSO ENFITEÚTICO DEL ART. 22 LMU

6.1. La obligación garantizada

6.1.1 Elementos del supuesto de hecho

La obligación garantizada por el censo enfiteútico del art. 22 LMU tiene como prestación el resarcimiento a la Administración del incremento de valor de un inmueble como consecuencia de las inversiones que en el mismo se hicieron a raíz de la obtención de una ayuda a cargo del FRU, cuando este inmueble ha sido transmitido a un tercero.

El primer elemento del supuesto de hecho que da lugar al nacimiento de esta obligación es la existencia de una vivienda o un local de propiedad privada que se ha beneficiado directamente de ayudas, subvenciones o actuaciones públicas en aplicación de la LMU, lo que ha dado lugar a mejoras, ya sea en la finca misma o en los elementos comunitarios de la edificación (art. 22.1 LMU, en su primer inciso).

El segundo elemento del supuesto de hecho es que haya tenido lugar una «transmisión» de la finca. El término *transmisión* empleado por el art. 22.1 LMU debe entenderse en su sentido técnico, como sinónimo de *disposición*, de manera que la finca sale del patrimonio del propietario voluntariamente y pasa al patrimonio de un nuevo propietario; es irrelevante si este acto de disposición es a título oneroso (así, una compraventa) o gratuito (como una donación). En cambio, no es posible hablar de transmisión o disposición en un acto *mortis causa*, pues en ellos la pérdida de la titularidad del causante tiene lugar porque la ley así lo impone, y el único margen de actuación que este tuvo es, por ejemplo en testamento, *destinar* a ciertas personas los bienes de los que necesariamente se desprenderá; es por ello por lo que el testamento no es un acto de disposición, sino de *destinación* de bienes. En defini-

tiva, la obligación garantizada por el censo del art. 22 LMU solo nace cuando deriva de un acto de disposición («transmisión») entre vivos, como una compraventa o una donación, pero no cuando el cambio de titularidad se produce por causa de muerte; así, el heredero de quien se benefició del FRU no estará sujeto a un posible censo enfitéutico, pues no habrá ninguna obligación que garantizar, al no haber tenido lugar una transmisión de la finca, en sentido estricto. Ahora bien, cuando este heredero —que ha ocupado la posición jurídica del causante (art. 411-1 CCCat)— enajene la finca, entonces nacerá la obligación y se activará el censo enfitéutico.

El tercero de los elementos del supuesto de hecho que origina la obligación a la que garantizará el censo enfitéutico del art. 22.1 LMU deriva de los dos anteriores; en concreto, que la finca haya tenido un incremento de valor como consecuencia de las inversiones efectuadas por la Administración y que este incremento de valor subsista, en todo o en parte, en el momento en que tiene lugar la transmisión de la finca.

6.1.2. *Carácter voluntario del nacimiento de la obligación de resarcimiento*

El nacimiento de la obligación de resarcimiento a que se refiere el art. 22 LMU depende exclusivamente de la *voluntad unilateral* de la Administración, tanto de la Generalitat al aprobar un proyecto a cargo del FRU como del municipio que concreta las ayudas o subvenciones y realiza las actuaciones que constituyen el objeto de la LMU. Este carácter voluntario del resarcimiento se deduce especialmente de la expresión «en su caso»³⁷ que utiliza el primer apartado del citado artículo y se observa también en el art. 20.3 LMU, que permite al municipio establecer «contribuciones especiales o cuotas urbanísticas» a cargo de los propietarios beneficiarios de las actuaciones, a fin de cubrir la cofinanciación que se haya establecido en el proyecto de actuación³⁸; observemos que, según este precepto, el municipio «puede establecer» estas contribuciones, pero no está obligado a hacerlo. Así, la convoca-

³⁷ Con la expresión «en su caso», la traducción castellana corrige —quizás sin ser consciente de ello— una imprecisión del texto original catalán, que utiliza la expresión «si escau» [si procede] en lugar de «si s'escau» [en su caso, si se produce, o una expresión similar], que sería la correcta en este contexto.

³⁸ De acuerdo con el art. 58 del *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, los ayuntamientos pueden «establecer y exigir contribuciones especiales por la realización de obras o por el establecimiento o ampliación de servicios municipales». El hecho imponible de las contribuciones especiales es «la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas» (art. 28 de la misma ley). La contribución especial se concreta en una cuota individual para cada uno de los sujetos pasivos (arts. 32 a 34 de la misma *Ley Reguladora de las Haciendas Locales*).

toria de las ayudas a cargo del FRU puede determinar que los beneficiarios deberán restituir todo o una parte del importe recibido dentro de un plazo, instrumentando esta «restitución» bajo la forma de una contribución especial. En este caso, el propietario de la finca es deudor de la Administración ya inicialmente, en los términos fijados en la convocatoria o incluso en el llamado *contrato de colaboración*, al que nos referiremos en seguida, si la Administración ha considerado conveniente su celebración. En realidad, el establecimiento de contribuciones especiales será el sistema más general de resarcimiento del municipio actuante, pero el referido contrato de colaboración permitirá una adaptación más personalizada a cada caso concreto; por ejemplo, en lo que respecta al fraccionamiento del pago, o al establecimiento de ayudas públicas con cargo al FRU para el pago de la financiación de las cuotas correspondientes al coste de la actuación de la Administración, sobre la base de la situación socioeconómica de las personas afectadas³⁹.

Ahora bien, la finalidad social que persigue la LMU —paliar las desigualdades sociales y fomentar la equidad territorial (art. 1.2 LMU)— puede aconsejar un modo de actuación diferente, que garantice la realización de mejoras en las fincas, pero sin que la Administración renuncie definitivamente a recuperar los fondos públicos invertidos. En concreto, como hemos apuntado en el inicio de este trabajo, resulta muy interesante y útil desde el punto de vista social legitimar a la Administración para, en un primer momento, no recuperar la inversión hecha, que sería por tanto a fondo perdido, pero sí poderla recuperar si la finca que se beneficia de ella es transmitida posteriormente un tercero.

El mecanismo técnico es crear ya una *vinculación* jurídica entre las partes, que por tanto no permite una revocación unilateral, cuyo objeto es una obligación sujeta a *condición suspensiva*, garantizada por el censo enfiteutico del art. 22.1 LMU. Ello significa que si la condición se cumple, *nace* la obligación de resarcir a la Administración, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de ninguna de las partes, y la enfiteusis en función de garantía pasa a ser operativa. Detallaremos estas operaciones en los apartados siguientes.

El marco idóneo para configurar la obligación de resarcimiento y su cuantía —que como máximo será la de la suma invertida por la Administración— es el llamado *contrato de colaboración* a que se refiere el art. 9.5 LMU. La LMU se limita a *aludir* a la posible existencia de este contrato entre la entidad actuante y el propietario que recibe una ayuda con cargo al FRU, pero sin añadir ningún detalle sobre su

³⁹ Esta última posibilidad está contemplada explícitamente en el apartado 9 de la DA 5ª, referente a la «rehabilitación edificatoria en el medio urbano», de la Ley de Urbanismo de Cataluña (*Decret Legislatiu 1/2010, de 3 de agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme*).

contenido. La única referencia concreta es que el censo enfiteúutico que garantiza la obligación de resarcimiento se ha de pactar «en el marco» del contrato de colaboración. En cualquier caso, la celebración de este contrato no es imperativa, sino que queda sujeta a la decisión última de la Administración, como se deduce de la expresión «en su caso», a la que antes nos hemos referido. De esta manera, la Administración decide e *impone* la celebración del contrato, en el que, ahora sí, entrará en juego la autonomía de la voluntad de ambas partes, que han de celebrar efectivamente este negocio jurídico⁴⁰. En este contrato se podría pactar el importe concreto de la cuota urbanística que un propietario debería satisfacer a la Administración, así como la periodificación y otras vicisitudes de su pago.

En cualquier caso, la celebración del contrato de colaboración resulta imprescindible cuando la Administración opta por no recuperar inicialmente la inversión realizada, pero sí prevé hacerlo en el futuro, en el caso de que la finca beneficiada sea transmitida a un tercero, ya que es en este contrato entre la entidad actuante y el propietario de un inmueble en el que se ha de *acordar* el establecimiento de un censo enfiteúutico, si la Administración ha optado por esta garantía (art. 22.1 LMU, *in fine*). Dado que se trata de un censo con finalidad de garantía, la obligación asegurada también deberá ser descrita en el título constitutivo del censo. La descripción de la obligación es posible, pues aunque se desconozca la cuantía inicial, su importe máximo sí que ya es conocido —el de la ayuda de la Administración (art. 22.2 LMU)—, lo que permite constituir una garantía de máximo, en la que el adquirente de la finca ya conoce de entrada cuál es la responsabilidad máxima que habrá de asumir⁴¹.

6.1.3. *Obligación sometida a condición suspensiva: la transmisión de la finca beneficiada por el FRU*

La obligación de resarcimiento a la Administración es una *obligación sometida a condición suspensiva*, en la que el hecho incierto es la hipotética transmisión de la finca a un tercero. La posibilidad de garantizar obligaciones sujetas a condición suspensiva está explícitamente contemplada en la regulación de otros derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca (arts. 569-14.1 CCCat y 142.1 LH, entre otros) y es perfectamente extrapolable al censo enfiteúutico

⁴⁰ Se trata de una dinámica negocial similar a la constitución de las servidumbres forzosas y de las hipotecas legales (arts. 566-2.1 CCCat y 158 LH, respectivamente), que permiten a una persona exigir la constitución del gravamen, imponiendo a la otra la celebración del negocio de constitución.

⁴¹ La garantía de máximo también está prevista explícitamente en otras garantías, como la prenda (art. 569-14.2 CCCat) y la hipoteca (arts. 12, 114 y 153 LH, entre otros).

en función de garantía. En una obligación sometida a condición suspensiva ya existe una vinculación jurídica entre las partes —así, un contrato, pero la obligación solo llega a nacer al cumplirse el hecho incierto que identifica la condición—. En nuestro caso, la vinculación jurídica entre la Administración y el particular ya existe —el contrato de colaboración—, pero la obligación de resarcir a la Administración solo nacerá si la finca es transmitida a un tercero.

En cambio, la obligación de resarcir, si ha de ser garantizada por el censo del art. 22 LMU, *no* puede ser una obligación *futura*, a pesar de que, en muchas ocasiones, el legislador le da el mismo trato que a la obligación sujeta a condición suspensiva. Una obligación futura es la que está simplemente descrita, pero sin que exista todavía una vinculación jurídica entre las partes; es una obligación cuyo nacimiento depende de un futuro acuerdo de voluntades entre las partes. Cuando este tenga lugar, la obligación dejará de ser futura, como se observa en la expresión «si la obligación llega a contratarse» del art. 142 LH, en relación con la hipoteca en garantía de este tipo de obligaciones. Dado que la LMU no prevé ningún acuerdo entre la Administración y el particular posterior al contrato de colaboración, podemos deducir que una obligación *futura* de resarcimiento no puede existir en el marco de la LMU ni, en consecuencia, dar lugar al nacimiento del censo enfiteútico a que se refiere el art. 22 LMU.

Si la naturaleza de la obligación sujeta a condición suspensiva es clara, hay que reconocer que la dinámica de esta obligación resulta peculiar. Mientras la condición está pendiente, el hipotético deudor es el propietario inicial de la finca que se ha beneficiado de la ayuda del FRU. Curiosamente, es un deudor que sabe que nunca le será exigido el pago de la deuda. En efecto, cuando se cumple la condición y propiamente nace la obligación, *el deudor (inicial o hipotético) cambia automáticamente y pasa a serlo el adquirente de la finca*. Ello es así porque la obligación se ha vinculado a la enfiteusis, como precisaremos después.

Una cuestión que no se plantea la LMU es la de durante cuánto tiempo puede estar pendiente la condición suspensiva, esperando a que esta se cumpla con la transmisión *inter vivos* de la finca; es decir, cuántos años pueden pasar desde que se recibe la ayuda del FRU hasta que se transmite la finca a un tercero, dando lugar a la obligación de resarcimiento.

Pensemos en la finca que no ha cambiado de titularidad, o que lo ha hecho *mortis causa* —por tanto, sin cumplirse la condición— y que, al cabo de muchos años es enajenada a un tercero; ¿tiene sentido activar la obligación y exigir al adquirente un hipotético aumento de valor que quizás ya no existe o es indemostrable? Trataremos esta cuestión más adelante (apartado 6.2.4), en relación con el nacimiento del censo enfiteútico.

6.1.4. *El importe de la obligación de resarcimiento y su concepto*

El importe de la obligación asegurada por el censo enfitéutico es la cuantía del incremento del valor de la finca derivado de la inversión efectuada por la Administración a partir del FRU («con cargo al Fondo», art. 22.2 LMU); no incluye la parte de la ayuda pública que financió el municipio con sus propios fondos. No se trata de recuperar la inversión que en su día se hizo, sino de resarcirse del aumento de valor que, como consecuencia de ella, ha experimentado la finca de propiedad privada; lógicamente, este incremento es el referido a la fecha en que tiene lugar la transmisión de la finca a un tercero («en caso de transmisión», art. 22.1 LMU).

Podemos observar que la de resarcimiento es una obligación pecuniaria cuya cuantía *es inicialmente indeterminada*, pues se refiere a un incremento de valor de la finca cuyo importe concreto se ignora, así como el momento en que deberá calcularse, dado el carácter futuro de la transmisión que da lugar al nacimiento de la obligación.

Pueden darse dos situaciones.

En primer lugar, la cuantía de la inversión realizada no siempre se traducirá en un aumento similar del valor de la finca en el momento de su transmisión; por ejemplo, porque la vida útil de las placas solares que se instalaron en ella está tocando a su fin cuando la finca se transmite. En este caso, el crédito de la Administración será necesariamente inferior al del importe de la ayuda concedida a cargo del FRU.

La segunda posible situación es que el valor de la finca en el momento de la transmisión haya aumentado más allá del importe estricto de la ayuda recibida. En este caso, el importe del crédito de la Administración por el resarcimiento tiene como límite máximo la citada inversión, como destaca el art. 22.2 LMU:

2. [...] El importe que debe ser resarcido en caso de transmisión *no puede ser superior* a la inversión efectuada sobre el inmueble afectado con cargo al Fondo. Este importe se reduce progresivamente en función del tiempo que quede del plazo de duración establecido.

La introducción de este límite máximo es acertada, pues se evitan discusiones sobre hipotéticos aumentos de valor de la finca que pueden responder a causas económicas y jurídicas muy variadas y que, en ocasiones, solo de manera indirecta están relacionadas con la ayuda económica percibida por el propietario de la finca. Por ejemplo, las obras de saneamiento de todas las viviendas de una calle y la conversión de esta en peatonal pueden incrementar el valor de las fincas muy por encima de la inversión efectuada individualmente, al haberse convertido esa calle en un codiciado oasis de tranquilidad en medio de la ciudad.

El límite al importe de la obligación garantizada es fundamental, pues este máximo de responsabilidad es lo que va a permitir que la obligación sea asegurada por un derecho real de garantía. Además, la fijación de un máximo de responsabilidad resulta esencial para la inscripción de la garantía, en nuestro caso la enfiteusis, en el Registro de la Propiedad, como exigencia del principio de especialidad registral⁴².

El concepto técnico que justifica la obligación misma y su importe es el de *resarcimiento* a la Administración; a este concepto alude explícitamente el art. 22.1 LMU. No se trata de una restitución de la ayuda que se dio, ni tampoco de una indemnización de hipotéticos perjuicios causados, sino de que la Administración pueda ingresar una cantidad cuando, gracias a una previa inversión pública, un particular podría obtener un beneficio que no le correspondería, de acuerdo con los principios de las políticas públicas de vivienda y sostenibilidad. La función social que ha de presidir la actuación de la Administración se cumple perfectamente, pues si bien la Ley permite a la misma resarcirse pudiendo hacer suyo el beneficio económico que obtuvo el particular, ello solo es para volverlo a destinar a las mismas finalidades (art. 22.3 LMU).

Desde el punto de vista jurídico, el *deudor y responsable* del cumplimiento de esta obligación es el adquirente de la finca, ya que la adquiere gravada por el censo enfiteúutico. Ahora bien, en realidad la carga económica del resarcimiento a la Administración puede recaer tanto sobre el propietario inicial, que se vio beneficiado por la inversión a cargo del FRU, como sobre el adquirente, según los casos. Así, si la finca se transmitió por donación, el donatario necesariamente asumirá la carga económica del resarcimiento a la Administración. En cambio, si se transmitió por compraventa, normalmente será el vendedor quien asuma esta carga, pues el comprador —gravado por el censo y responsable del resarcimiento— sin duda habrá impuesto una rebaja proporcional del precio de la compraventa.

6.1.5. *El acreedor de la obligación de restitución es el municipio*

El art. 22.1 LMU precisa que la obligación garantizada por el censo enfiteúutico va a permitir que «las administraciones públicas puedan resarcirse, en su caso, del incremento del valor de los inmuebles derivado de las inversiones efectuadas». Esta referencia genérica a las *administraciones públicas* requiere aclarar quién es el acreedor, si el municipio actuante, o bien la Generalitat.

Como hemos apuntado al principio de este trabajo, el FRU corre a cargo del presupuesto anual de la Generalitat, y sus beneficiarios

⁴² Véanse los arts. 12, 14, 119 y 153.1 LH, entre otros.

son los municipios —individualmente o junto con otros— y las entidades municipales descentralizadas (art. 7 LMU). Así mismo, recordemos que estos beneficiarios deben colaborar en la financiación de las actuaciones que se llevan a cabo en el proyecto que ha obtenido la ayuda del FRU (art. 20.1 LMU).

La naturaleza jurídica de la aportación económica al municipio derivada del FRU es la de una *subvención*, sujeta por tanto a la Ley catalana 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones⁴³. Ello significa que el titular del dinero es la Generalitat, sin perjuicio de que el *acreedor* de la obligación sea el municipio actuante.

En efecto, el art. 9.1 LMU considera al municipio como el *ejecutor* de las *actuaciones* para las que ha recibido una aportación económica del FRU y que están descritas en el *programa memoria de actuación integral* que en su día propuso para obtener la aportación económica del FRU; por otra parte, este programa debe prever la *rendición de cuentas*⁴⁴. Así mismo, el art. 9.5 LMU considera a las «entidades actuantes» —se entiende que es el municipio, solo o con otros— como parte en el *contrato de colaboración* que puede celebrarse con el propietario en cuya finca se realiza alguna intervención. Por tanto, queda claro que el titular del censo enfitéutico es el municipio.

Ello permite apuntar que el municipio también es el *acreedor* de la obligación garantizada por el censo, aunque la LMU no es clara en este punto. En efecto, el art. 23.3 LMU señala que «los recursos obtenidos mediante la aplicación del censo enfitéutico deben destinarse a la financiación del Fondo de Recuperación Urbana, Ambiental y Social de Barrios y Villas de Atención Especial»; de ello se deduce que el importe obtenido mediante el censo es inicialmente del municipio, que tiene la obligación de «destinarlo» al FRU, lo que significa que ese dinero pasa a ser de titularidad de la Generalitat⁴⁵. Sin embargo, este sistema no parece muy operativo, pues significa que el municipio estaría reclamando un crédito suyo, asegurado por una garantía de la que es titular, pero de cuyo importe no se beneficiará, pues deberá ingresarlo en el patrimonio de la Generalitat, en el FRU. Sin duda, la operatividad del sistema pasaría por permitir al municipio beneficiarse, de una manera u otra, del importe reembolsado.

⁴³ A esta ley remite explícitamente el art. 29 del RD 163/2025, que desarrolla la LMU.

⁴⁴ Sobre estas cuestiones, véanse especialmente los arts. 9.2-3, 17 y 25.2-3 LMU; arts. 3, 6, 9.1.c, 13, 27 y 29.d del Decreto 163/2025, que desarrolla parcialmente la LMU; y los arts. 14.1.h, 14.2 y 30.2 de la Ley catalana 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

⁴⁵ Ello concuerda con los arts. 14.1.h y 37.1.i de la Ley de subvenciones de la Generalitat, que imponen al beneficiario la restitución de fondos en determinados supuestos.

6.2. Dinámica de la constitución del censo enfitéutico del art. 22 LMU

6.2.1. *Carácter voluntario de la constitución del censo*

La obligación de resarcimiento a la que nos hemos referido en el apartado anterior puede estar garantizada o no. Esta circunstancia queda a criterio exclusivo del municipio que gestiona el fondo. Así, este puede haber considerado preferible, por razones de operatividad y de oportunidad, constituir una garantía real, por ejemplo una hipoteca, o una personal, como la fianza; o también puede haber optado por no exigir la constitución de garantía alguna, por ejemplo por la escasa cuantía del hipotético incremento de valor de la finca y del correspondiente resarcimiento al municipio. En cualquier caso, el nacimiento de cualquier derecho que asegure la obligación de resarcimiento dependerá de la voluntad de las partes que están llamadas a constituirlo. En el caso de nuestro estudio, el derecho real de garantía escogido es una enfiteusis que el municipio y el particular beneficiado por FRU pueden constituir, de acuerdo con el art. 22 LMU y según los criterios específicos de cada convocatoria de ayudas con cargo al referido fondo. La formulación del art. 22.1 LMU es clara y no deja dudas de que la constitución del censo enfitéutico en garantía de la obligación de resarcimiento es puramente voluntaria; las expresiones «pueden estar afectados» y «en su caso» son claras en este sentido, a pesar de las imprecisiones lingüísticas a las que antes hemos aludido.

Por lo que se refiere a la constitución del censo, la última frase del art. 22.1 LMU señala que «el establecimiento del censo enfitéutico debe acordarse *en el marco* del contrato de colaboración al que se refiere el artículo 9.5». Esta formulación es acertada, pues el art. 565-3.2 CC-Cat califica el contrato por el que se crea un censo como «contrato de establecimiento»⁴⁶. En cambio, la expresión «en el marco» resulta muy imprecisa y no deja claro cuándo se ha de constituir el censo enfitéutico, ni con qué características. Lo que sí se desprende claramente de esta expresión es que la constitución del mismo requerirá, de una manera u otra, la intervención de la *voluntad* de las partes intervinientes, es decir, del municipio y del particular beneficiario de una actuación financiada por el FRU. No se trata, por tanto, de una creación automática o *ex lege* del censo, que constituiría una *afección* de la finca al pago de la obligación de resarcimiento a favor de el Administración⁴⁷. Sobre esta base, se plantean diferentes posibilidades, que detallamos a continuación.

⁴⁶ Más concretamente, se trataría de la modalidad «*per revessejat*», que el mismo precepto describe como «Por revesejat, en virtud de la constitución del censo por el propietario o propietaria de la finca y la cesión a una tercera persona del derecho a recibir la prestación periódica anual».

⁴⁷ Una afección o vinculación de la finca al pago de esta obligación crearía una gran inseguridad jurídica, pues el adquirente no tendría constancia registral de la misma, y ni tan

6.2.2. Configuración como censo sometido a condición suspensiva

La primera posible configuración del censo enfitéutico del art. 22 LMU es que este se formalice como tal *en el mismo* contrato de colaboración. Esta es, sin duda, la interpretación más lógica, sencilla y operativa: el gravamen se constituye en el mismo título que normalmente dará origen a un incremento de valor del inmueble, y si este llega a transmitirse, a la obligación de resarcimiento a favor de el Administración, que hemos estudiado antes. Esto tiene dos consecuencias. La primera es que el contrato de colaboración se ha de formalizar en *escritura pública*, pues esta forma es requisito de validez del censo enfitéutico, como se deduce de la imperativa expresión del art. 565-4 CCCat, «ha de constar necesariamente».

La segunda consecuencia de constituir el censo, como tal, en el contrato de colaboración es que se trata de un censo sometido a condición suspensiva; en concreto, de la futura transmisión de la finca gravada. Ello significa que la vinculación entre las partes ya existe inicialmente, si bien su operatividad queda suspendida o latente hasta el momento en que tenga lugar un hecho incierto, como es el que la finca gravada se transmita a un tercero, momento en que se cumple la condición y propiamente nace el derecho de censo enfitéutico, iniciando el devengo de las pensiones que constituyen su contenido esencial (art. 565-8.1 CCCat).

La configuración como censo sujeto a condición suspensiva se justifica también por el argumento que aporta el segundo apartado del art. 22 LMU, al señalar que el censo que regula este precepto «no puede tener una duración superior a diez años». Este plazo, al que después me referiré con más detalle, solo tiene su razón de ser si el momento en el que el censo empieza a desplegar sus efectos es el de la transmisión de la finca. Por el contrario, no tendría ningún sentido iniciar el cómputo de los diez años en el momento de la celebración del contrato de colaboración, en el que se inserta el censo enfitéutico, pues la finca puede permanecer en manos de su propietario durante más de diez años sin que sea transmita a un tercero, lo que daría lugar automáticamente a la extinción del censo.

solo sabría si la deuda y la afección existen o no. Esto resultaría especialmente grave, pues de existir, tendría que hacer frente a una deuda que puede ser de un importe muy elevado. Observemos que cuando la ley vincula directamente un inmueble al pago de una deuda, lo hace con carácter general y en relación con obligaciones que normalmente no son de una gran cuantía; este es el caso, por ejemplo, de la afección real de los elementos privativos, en relación con el pago de las deudas con la comunidad en régimen de propiedad horizontal (art. 553-5 CCCat), y con la afección que se deduce del art. 194.1 LH, a favor de el Administración, para el cobro de determinados impuestos que gravan los bienes inmuebles.

6.2.3. *Configuración como precontrato de constitución de censo enfiteútico*

La segunda posibilidad de constitución del censo a que da pie la imprecisa expresión del art. 22.1 LMU, de que «el censo enfiteútico debe acordarse *en el marco* del contrato de colaboración al que se refiere el artículo 9.5», es que este gravamen simplemente *se describe* en este contrato, para ser efectivamente constituido con posterioridad. Cuáles sean la naturaleza y la eficacia de esta descripción inicial del censo quedaría al arbitrio de las partes que intervienen en el contrato de colaboración. Así, el particular puede legitimar a la Administración para que, si se dan las circunstancias, esta constituya el censo de manera forzosa, en el futuro, dentro de los límites que fija el art. 22 LMU. Aun así, la posibilidad más lógica y segura, tanto desde el punto de vista jurídico como del económico, es establecer un *precontrato de constitución de censo enfiteútico*, legitimando a la Administración para, si en el futuro lo considera necesario, *eleva su contenido a contrato de establecimiento del censo* (véase el art. 565-3.a CCCat). Esto significa que en el contrato de colaboración se identifican perfectamente todos los elementos del futuro e hipotético censo enfiteútico, que solo llegará a nacer si la Administración decide ejercer el derecho que a favor suyo otorga el precontrato. En este caso, el contrato de colaboración también deberá formalizarse necesariamente en *escritura pública*. En efecto, si la constitución del censo enfiteútico requiere escritura pública, el precontrato que lo origina también requerirá esta forma, pues contiene todos los elementos del futuro gravamen⁴⁸, y si este precontrato forma parte («en el marco») del contrato de colaboración entre la Administración y el particular, ello comporta necesariamente que este deba formalizarse en escritura pública.

Aunque esta configuración como precontrato es técnicamente posible, no se nos oculta que es más complicada de gestionar —pues requiere dos actuaciones para constituir el censo— que la que hemos visto en el apartado anterior, más sencilla y operativa. Además, si el precontrato llega a implementarse, el censo recién creado estará sujeto a la condición suspensiva de la transmisión de la finca, con lo que volveríamos al supuesto planteado antes.

6.2.4. *Plazo para que tenga lugar el nacimiento del censo*

El art. 22 LMU no fija ningún plazo para que tenga lugar el nacimiento del censo enfiteútico que ha de garantizar el resarcimiento a la

⁴⁸ En relación con la forma del precontrato, véase POZO, VAQUER y BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, p. 326.

Administración. Más concretamente, este precepto no establece un plazo máximo en el que la finca que se benefició del FRU sea transmitida a un tercero, cumpliendo así la condición suspensiva o posibilitando la implementación del precontrato que originan el derecho de censo, como hemos visto en los apartados anteriores.

Establecer un plazo máximo es imprescindible, en beneficio de la seguridad del tráfico jurídico y de la viabilidad económica de la finca que en su día se benefició de una ayuda a cargo del FRU. No tendría sentido que, por ejemplo, treinta años después de haber instalado el ascensor gracias a la ayuda del fondo, el comprador de un piso de ese edificio se encuentre con la sorpresa de ver su propiedad gravada por un censo a favor de la Administración; además, la situación puede ser realmente absurda si pensamos que, después de tantos años de uso, aquel ascensor puede haber sido ya sustituido por otro o se han hecho en él reformas posteriores importantes.

Sería conveniente, por tanto, que el legislador se pronunciase sobre esta cuestión, pero mientras no lo haga, podemos proponer algunas soluciones.

La primera, y seguramente la más sencilla, flexible y operativa, es que en cada convocatoria de ayudas a cargo del FRU se fije un plazo general máximo para el nacimiento del censo enfiteutico del art. 22 LMU. Este plazo sería de aplicación a todas las actuaciones resultantes del programa, y debería constar necesariamente en el contrato de colaboración del art. 9.5 LMU que la Administración celebre con el propietario de cada una de las fincas afectadas.

Otra posibilidad sería exigir que en cada contrato de colaboración constase necesariamente el plazo específico que, para cada inmueble beneficiado por el FRU, pueda tener lugar el nacimiento del censo. La concreción individual del plazo se justifica por la diversidad de la inversión realizada en cada inmueble concreto, en una misma convocatoria; así, un edificio puede haber realizado reformas estructurales, que perdurarán muchos años, mientras que el edificio vecino ha instalado placas fotovoltaicas, con una vida útil de treinta años.

A falta de esta determinación en el contrato de colaboración, la LMU debería fijar un término subsidiario, que operase en cualquier caso. El Código Civil de Cataluña ofrece algunos modelos sobre cuál podría ser este plazo, en instituciones que conceptualmente no están muy alejadas de la operatividad del censo del art. 22 LMU; por ejemplo, los cuatro años de duración de los derechos de adquisición, en defecto de pacto (art. 568-6.a CCCat) o los veinte años del derecho de redimir en la venta a carta de gracia (art. 568-29 CCCat). Aun así, me parece preferible *proponer* un plazo intermedio de *diez años*, no solamente porque es soportable desde el punto de vista económico, sino también porque es un término que la propia regulación del censo

utiliza de manera recurrente para otras cuestiones, tanto en el Código Civil de Cataluña (art. 565-10.1 y 565-11.c) como en la propia LMU (art. 22.2, sobre el que después volveremos).

6.2.5. El propietario que constituyó el gravamen nunca será el censatario definitivo

La dinámica del censo enfitéutico surgido del art. 22 LMU tiene una consecuencia peculiar: el propietario que lo constituyó, sea como censo sujeto a condición suspensiva o como precontrato, nunca será el censatario definitivo, obligado por tanto al pago de las pensiones.

La dinámica de esta enfiteusis es clara, como podemos observar en el siguiente ejemplo. Así, en un primer momento, el beneficiario de una actuación basada en el FRU pacta con la Administración, en el contrato de colaboración, la constitución de un censo enfitéutico que está sujeto a la condición suspensiva de la transmisión futura de la finca gravada. El beneficiario es, por tanto, el constituyente de un censo que existe como mera vinculación, pero cuyo nacimiento y plena operatividad están sujetos al cumplimiento del hecho incierto de la enajenación de la finca. En consecuencia, el negocio jurídico de transmisión de la finca da lugar, además de a los efectos que le son propios según su naturaleza, a la consecuencia esencial de producir el cumplimiento de la condición suspensiva y, con ello, al nacimiento del censo enfitéutico, con lo que el adquirente de la finca pasa a ocupar la posición jurídica de censatario. En definitiva, el beneficiario de la ayuda del FRU, que constituyó el censo enfitéutico sujeto a condición suspensiva y ocupó la plaza de censatario inicial, deja de serlo, y su lugar es ocupado por el adquirente de la finca, que será el obligado al pago de las pensiones y a todas las otras consecuencias derivadas del censo enfitéutico.

El mismo argumento se puede aplicar en el caso de la configuración como precontrato a la que hemos hecho referencia antes: el particular que lo celebró nunca será el censatario del art. 22 LMU, pues lo será el adquirente de la finca gravada.

6.3. Publicidad registral del censo enfitéutico del art. 22 LMU

El art. 565-4 CCCat exige, como requisito de forma esencial, que la constitución del censo se haga en escritura pública; en ella deberán constar la pensión y la cantidad convenida para la redención. La LMU no añade ningún requisito adicional de forma, en relación con el censo enfitéutico de su art. 22. De ello podemos deducir que la constancia del censo en el Registro de la Propiedad es puramente voluntaria, y que la inscripción en el mismo no es constitutiva, sino meramente declarativa del derecho. Ahora bien, es evidente que la constancia de cualquier

censo enfitéutico en el Registro de la Propiedad es muy conveniente para la oponibilidad del gravamen a terceros, de manera que en el caso que estudiamos la Administración tendrá un interés lógico en su inscripción, en beneficio de la viabilidad de la reclamación de la deuda a que se refiere el art. 22.1 LMU.

La constancia del censo enfitéutico en el Registro de la Propiedad puede tener lugar en cualquier momento de la vida de este gravamen.

En primer lugar, puede acceder al Registro a partir del otorgamiento mismo del contrato de colaboración en escritura pública, pues la vinculación entre las partes ya existe, y es posible inscribir el censo enfitéutico como sujeto a la condición suspensiva de transmisión de la finca⁴⁹. La Administración tiene un especial interés en que el censo enfitéutico conste en el Registro de la Propiedad ya en esta fase inicial, para así evitar que un tercero de buena fe pueda adquirir la finca y alegue que este gravamen no le es oponible (art. 32 LH).

También es posible que el censo se inscriba a partir de la transmisión de la finca a un tercero, momento a partir del cual el censo es plenamente operativo: la condición suspensiva se ha cumplido, y de ello hay constancia automática en el Registro de la Propiedad, con la inscripción de la transmisión de la finca. No obstante, esperar a esta segunda fase comporta un riesgo evidente para la Administración, que deberá confiar en la buena fe no solamente del propietario inicial (el beneficiado por el FRU), sino también, y especialmente, en la del adquirente, que podría estar tentado de alegar el desconocimiento del censo en el momento de la adquisición, y con ello su inoponibilidad (art. 32 LH).

Si la constitución del censo se ha estructurado inicialmente como un *precontrato*, según hemos visto en el apartado 6.2.3, la inscripción en el Registro de la Propiedad no será posible en esta fase inicial, ya que no hay ninguna vinculación de naturaleza jurídico-real. La inscripción solo será posible cuando se implemente el precontrato, dando nacimiento al derecho real de enfiteusis.

6.4. La operatividad de la función de garantía

6.4.1. El censo enfitéutico como mecanismo de pago

La operatividad del derecho de censo se manifiesta, en esencia, por el pago de una pensión, garantizado por la propia finca gravada (arts. 565-1 y 565-8 CCCat). Cuál sea la función económica y jurídica a que responde esta operación es una cuestión que deriva exclusivamente

⁴⁹ Con carácter general, la constancia registral de derechos sujetos a condición suspensiva está explícitamente contemplada en los arts. 9.1.c y 23 LH.

de la voluntad de las partes que constituyeron el censo. Por ejemplo, el censalista transmite la propiedad de una finca que ya no le interesa, pero gravándola con un censo que le permitirá tener unos ingresos regulares con los que él y sus sucesores podrán hacer frente a los gastos de conservación de sus otras fincas; o el propietario de una finca quiere hacer en ella obras para aumentar su rentabilidad, y a cambio del capital que recibe de un tercero, grava la misma finca con un censo a favor de este, que se convierte en censalista.

En el caso del censo enfiteútico del art. 22 LMU, la función de este gravamen es peculiar, pues no solamente tiene una función de garantía de una deuda preexistente, sino que, además, es un *mecanismo de pago* de la misma, ya que las pensiones que devenga necesariamente se han de *imputar* al derecho de crédito que la Administración tiene contra el titular actual de la finca. Aunque podría haber sido más explícita, la redacción del art. 22.1 LMU no deja dudas acerca de que este es el contenido de la norma, pues, siguiendo la terminología de este precepto, la finca queda «afectada» por el censo a fin de que la Administración pueda «resarcirse» de la inversión que hizo sobre la base del FRU. La afectación se concreta en la garantía real que es el censo y, como en cualquier garantía real, puede llegar a la realización del valor del bien gravado, en nuestro caso la finca que se benefició del citado fondo. En definitiva, igual que en cualquier otro censo, en el del art. 22 LMU la finca garantiza el pago de las pensiones de manera directa e inmediata (arts. 565-1.1 y 565-8.6 CCCat), con un procedimiento judicial sumario que facilita su ejecución (art. 565-9 CCCat).

Ahora bien, más allá de la función de garantía, las pensiones devengadas por el censo y efectivamente pagadas han de permitir el resarcimiento de la Administración por la inversión que en el su día hizo en el marco del FRU, con el consiguiente aumento de valor de la finca. El mecanismo técnico utilizado es el de la *imputación* o *aplicación*⁵⁰ de los pagos realizados. Esto significa que las pensiones que la Administración cobra como acreedora del censo del art. 22 LMU se han de *aplicar* o *imputar* al pago del crédito por el citado resarcimiento; no es posible destinarlas al pago de otra deuda, ni tampoco calificarlas como ingresos de libre disposición por parte de la Administración. La función de imputación a la deuda de resarcimiento se observa también en el segundo inciso del art. 22.2 LMU, que constata la conexión que hay entre la *imputación* y la *reducción* de la deuda. En concreto, este precepto prevé que «el importe que debe ser resarcido en caso de transmisión [...] *se reduce progresivamente* en función del tiempo que quede del plazo de duración establecido». En realidad se trata de una simple

⁵⁰ «Imputación» es la palabra utilizada en los apartados 2 y 4 del art. 569-2 CCCat. Con el mismo sentido, el art. 569-23 CCCat precisa, en relación con los frutos de la finca gravada por anticresis, que el acreedor puede «aplicarlos» al pago de la deuda garantizada y sus intereses.

constatación de un principio a la vez jurídico y económico: si las pensiones se imputan al pago de una deuda determinada, el importe de esta se va reduciendo progresivamente. En cierta manera, esta estructura se asemeja a un efecto *anticrético*, que es tipificador del derecho de anticresis, pero que se puede pactar en otros derechos reales de garantía, y que consiste en destinar los frutos del bien gravado al pago de la deuda garantizada. La diferencia de la anticresis con el censo enfiteúutico del art. 22.1 LMU es que en este último la posesión de la finca se mantiene en manos de su propietario; por su parte, la similitud partiría de una consideración *económica* de las pensiones como frutos del censo⁵¹, a los que se aplica una consideración *jurídica* de *imputación* al pago de la deuda garantizada.

La función de garantía abarca todo el contenido del derecho de censo. Así, además de la imputación de las pensiones al pago de la deuda garantizada, cabe entender que también se aplicarán a este pago los laudemios devengados por las sucesivas transmisiones de la finca. La imputación del laudemio al pago de la deuda puede tener dos consecuencias: o bien la reducción del importe de las pensiones durante el resto de la vida del censo, o bien mantener el importe de las pensiones y reducir el plazo de este gravamen. Se trata de un efecto similar al que tiene lugar en la amortización anticipada de un préstamo hipotecario, y será el censatario quien escoja cuál de los dos posibles efectos le conviene más.

Como hemos indicado anteriormente, recordemos que «los recursos obtenidos mediante la aplicación del censo enfiteúutico deben destinarse a la financiación del Fondo de Recuperación Urbana, Ambiental y Social de Barrios y Villas de Atención Especial» (art. 22.3 LMU).

6.4.2. *La redimibilidad del censo enfiteúutico y el pago anticipado de la deuda*

El del art. 22 LMU es un censo enfiteúutico *temporal*⁵²; en concreto, su duración no puede exceder de diez años (art. 22.2 LMU). Ahora bien, ello no impide que el adquirente de la finca gravada pueda en cualquier momento *imponer la extinción* del mismo. Para hacerlo existen dos mecanismos técnicos: la redención del censo y el pago de la obligación de resarcimiento a la Administración.

⁵¹ En sentido jurídico estricto, las pensiones no son frutos del censo, pues no son «sus productos y los demás rendimientos que se obtienen [de la cosa] de acuerdo con su destino» (art. 511-3 CCCat); en este sentido, la finca gravada pel censo no finanza las pensions, pero sí que es garantía de su pago (véase POZO, VAQUER y BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 465).

⁵² Sobre la posibilidad de que la enfiteusis tenga un carácter temporal, véase el apartado 4.1 de este trabajo.

Por lo que se refiere a la redención, de acuerdo con el art. 565-12.1 CCCat, «los censos de carácter perpetuo y los de carácter temporal constituidos expresamente como redimibles pueden redimirse por voluntad unilateral del censatario». En el caso que ahora estudiamos, el censo se constituye como temporal, con una duración máxima de diez años, de manera que la posibilidad de redención ha de estar *expresamente prevista* en su título de constitución, es decir, en el contrato de colaboración con la Administración. Por otra parte, de acuerdo con el art. 565-4 CCCat, en el título de constitución de esa enfiteusis deberá figurar la cantidad convenida a efectos de la redención; la lógica nos lleva a afirmar que esta cantidad será el importe de la deuda pendiente, en cada caso, en el momento de redimir.

Si no se hace referencia alguna a la redención, la enfiteusis será irredimible. Esto no es especialmente grave, pues el del art. 22 LMU es un censo de duración relativamente breve, diez años, aunque es posible que el adquirente de la finca hubiese preferido poder liberarse del gravamen en cualquier momento.

Ahora bien, que el censo sea irredimible no equivale a decir que el censatario quede irremediabilmente sujeto al mismo, pues tiene otra posibilidad de liberación: simplemente pagando la obligación de resarcimiento. En efecto, si el censo enfiteútico del art. 22 LMU tiene una función de garantía, el pago de la obligación asegurada da lugar a la extinción del gravamen. Esta es una consecuencia del principio de accesoriedad que preside el régimen de los derechos de garantía en nuestro ordenamiento jurídico⁵³.

Por otra parte, teniendo en cuenta que se trata de un censo sujeto a plazo (máximo diez años), se puede entender que la obligación garantizada, aunque no se diga explícitamente, es una obligación a plazo, en la que los sucesivos cumplimientos parciales corresponden a los sucesivos pagos de las pensiones devengadas por el censo. Salvo que se hubiese pactado lo contrario, que se trate de una obligación a plazo no excluye que el censatario pague la totalidad de manera anticipada, como se deduce de los arts. 1126.1 y 1127 CCE, y de la aplicación analógica del art. 23 de la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Este pago anticipado tendrá la consecuencia inmediata de la extinción del censo enfiteútico.

El pago anticipado puede ser una operación interesante, y en ocasiones casi imprescindible, para el propietario gravado por el censo. Pensemos, por ejemplo, que si quiere hacer reformas en su finca y tiene la intención de pedir un préstamo garantizado con hipoteca, el

⁵³ La vinculación de la existencia de la garantía real con la subsistencia de la obligación garantizada se puede observar, entre otros, en los arts. 569-1, 569-6.1 y 569-12 CCCat, 1857 CCE y 104 LH.

censo inscrito con anterioridad tendrá un rango registral superior al de la hipoteca que se constituya, cosa que no favorecerá la concesión del préstamo, pues normalmente la entidad financiera acreedora será reticente a tener una garantía de rango inferior a otros derechos inscritos. En este caso, el propietario tendrá interés en pagar anticipadamente la deuda de resarcimiento, a fin de que el censo enfiteútico se extinga y permita que la hipoteca no se vea afectada por un derecho de rango preferente, lo que debería permitir al propietario obtener unas mejores condiciones financieras en el préstamo que quiere contratar.

7. REFLEXIONES FINALES

La *Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas* ha introducido una novedad sorprendente y muy interesante en el ordenamiento jurídico de Cataluña, ideando una doble función inusual para una institución clásica del derecho civil, como es el censo enfiteútico: ser garantía y mecanismo de pago de una obligación de resarcimiento a la Administración por las actuaciones derivadas de sus políticas públicas de vivienda, sociales y de sostenibilidad.

En mi opinión, la idea del legislador catalán es buena⁵⁴, lo que debería permitir que esta nueva funcionalidad de la enfiteusis pudiese extrapolarse a otras finalidades jurídicas y sociales para, en el futuro, constituir una herramienta jurídica más que, sola o en combinación con otras, facilite a la Administración el cumplimiento de sus políticas públicas en materia urbanística en el sentido más amplio.

El reproche que puede hacerse a la regulación del censo enfiteútico en la LMU es su carácter minimalista, pues deja en el aire diversas cuestiones importantes en relación con la operatividad y la eficacia de esta figura en su nuevo papel de garantía y de mecanismo de pago. En este trabajo he intentado detectarlas y proponer respuestas a algunas de ellas.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AKKERMANS, B., V. SAGAERT y W. SWADLING, «Introduction. Essential directions on using the casebook», en S. VAN ERP y B. AKKERMANS, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, pp. 1-36.
- ANDERSON, M., «L'onada de renovació energètica dels edificis: adaptabilitat i limitacions de les institucions de dret civil», *Revista Catalana de Dret Públic*, 2023, núm. 66, pp. 130-132.

⁵⁴ En cambio, véase una visión crítica del censo regulado en la Ley 11/2022 en ANDERSON, «L'onada de renovació energètica dels edificis», pp. 130-132.

- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 10ª ed., Pamplona, Eunsa, 2004.
- FRENETTE, F., *De l'emphytéose*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur/Sorej, 1983.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M., *De emphyteutico iure*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GONZÁLEZ BOU, E., «El censo enfiteútico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro», *La Notaria*, juny 2003, pp. 15-26.
- HAUMONT, F., *L'emphytéose au service de l'aménagement du territoire*, Louvain – Paris – Bruxelles, Oyez, 1976.
- , *Les espaces collectifs privés au delà de la copropriété*, Leuven – Paris – Bruxelles, Oyez, 1978.
- , «Emfiteusi: un sistema d'ordenació del territori», en J.-M. SCHOLZ (*et alii*), *Canvi social i dret civil a Catalunya*, Barcelona, Fundació Caixa de Pensions, 1985, pp. 139-163.
- LAFOND, P., *Précis de droit des biens*, Montréal, Les Éditions Themis, 1999.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, A., *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1997.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, A. y A. GINER GARGALLO, «Comentarios a los art. 565-1 a 565-33 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. III, Barcelona, Registradors de Catalunya - Bosch, 2008, pp. 1453-1538.
- POZO CARRASCOSA, P. del, «El cens emfiteútic com a dret real de garantia i com a mecanisme de pagament», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 26 (2022), pp. 109-133.
- POZO CARRASCOSA, P. del, A. VAQUER ALOY y E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª ed., Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2021.
- *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 7ª ed., Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2023.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Enfiteusis: negocio jurídico de fomento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Sdad. Coop. Librería General, 1987.
- VILAR, P., *Catalunya dins l'Espanya moderna*, vol. 3, Barcelona, Edicions 62, 1986.

PARTE III.
LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS
DE LOS CONSUMIDORES

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 333-366

DOI: 10.37417/VSECC/12

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

CONTRATOS DE CONSUMO, DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

M. Esperança GINEBRA MOLINS

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: «CONFLICTOS INTERNACIONALES» *VS.* «CONFLICTOS INTERREGIONALES». LA REGLA DE *REMISIÓN DIRECTA* DEL REGLAMENTO ROMA I EN CASO DE ESTADOS PLURILEGISLATIVOS.— 2. «CONFLICTOS INTERNACIONALES» Y LEY APLICABLE A LOS «CONTRATOS DE CONSUMO»: 2.1. Los «contratos de consumo»: celebrados por un «consumidor» persona física para un uso ajeno a su actividad comercial o profesional; 2.2. La ley aplicable a los «contratos de consumo»: 2.2.1. *Las reglas específicas de determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo en los que interviene un consumidor pasivo:* 2.2.1.1. *La elección de la ley aplicable. Límites;* 2.2.1.2. *La ley aplicable en defecto de elección;* 2.2.1.3. *Los contratos excluidos del régimen específico previsto a para los contratos de consumo;* 2.2.2. *Los «contratos de consumo» en los que interviene un consumidor activo:* 2.2.2.1. *La elección de la ley aplicable. Límites;* 2.2.2.2. *La ley aplicable en defecto de elección.*— 3. «CONFLICTOS INTERREGIONALES»: LA FALTA DE REGLAS ESPECÍFICAS PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE A LOS «CONTRATOS DE CONSUMO»: 3.1. Criterios generales: sumisión expresa y criterios subsidiarios; 3.2. Contratos relativos a bienes inmuebles; 3.3. Compraventas de bienes muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto PID-2021-126857NB-I00. La autora forma parte del Instituto de investigación TransJus UB.

1. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: «CONFLICTOS INTERNACIONALES» VS. «CONFLICTOS INTERREGIONALES». LA REGLA DE *REMISIÓN DIRECTA* DEL REGLAMENTO ROMA I EN CASO DE ESTADOS PLURILEGISLATIVOS

La determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales se plantea esencialmente cuando nos encontramos ante relaciones jurídicas heterogéneas o de «conflicto de leyes», que presentan elementos relevantes vinculados con distintos Derechos. En estos casos debemos acudir a las normas de conflicto (art. 12.6 Código civil español [en adelante, Cc]). No hay que hacerlo, en cambio, en caso de relaciones homogéneas, con todos los elementos relevantes vinculados con un único Derecho, que será entonces el aplicable.

En caso de «conflicto de leyes», la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales derivadas de relaciones jurídico-privadas viene determinada: por el Reglamento [CE] 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) —en adelante, RRI—¹, en caso de «conflictos internacionales» (en el sentido de que presentan elementos de extranjería, elementos relevantes vinculados con legislaciones de distintos Estados)², y siempre que se trate de obligaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación (art. 1.1 RRI); en cambio, en caso de «conflictos interregionales» (con elementos relevantes vinculados con distintos Derechos, pero siendo todos ellos españoles), hay que estar a la remisión que hace el art. 16.1 Cc al art. 10.5 Cc³. En este sentido, siendo los «conflictos interregionales» una cuestión que excede del ámbito de competencia del legislador europeo (art. 81 TFUE), el art. 22.2 RRI utiliza la fórmu-

¹ El RRI es aplicable, con carácter general, desde el 17 de diciembre de 2009 (arts. 28 y 29 RRI) y tiene como precedente el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR 1980), al cual sustituye (art. 24 RRI).

² Véase STJUE 14.9.2023, C-632/21, *JF, NS vs. Diamond Resorts Europe Limited (Sucursal en España), Diamond Resorts Spanish Sales, S. L., Sunterra Tenerife Sales, S. L.*, §§ 49-56 y 83 (ECLI:EU:C:2023:671). Según esta sentencia: «Las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), son aplicables, en el marco de un litigio ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, a contratos en los que ambas partes son nacionales del Reino Unido, siempre que incluyan un elemento de extranjería».

³ Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda», *Estudis de Dret català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, BADOSA COLL, F. (Dir.), GINEBRA MOLINS, M. E. y LAUROBA LACASA, E. (coord.), Barcelona: Ed. Atelier, 2022, p. 244; A. FONT I SEGURA, y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda. Especial referència al Dret interregional i internacional privat», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2022, pp. 52-53.

la —que contenía ya el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 [en adelante, CR 1980] (art. 19.2) y que se ha convertido en habitual, en materia de ley aplicable, en los Reglamentos europeos⁴— de declarar que los Estados miembros que tengan diversas unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales «no están obligados a aplicar» el RRI a los «conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales». Así, el Estado español podría optar por extender las normas de determinación de la ley aplicable del RRI a los «conflictos interregionales», pero debería pronunciarse expresamente en este sentido⁵.

A la hora de determinar la ley aplicable, hay que distinguir, por tanto, según si nos encontramos ante un conflicto «internacional» o bien «interregional», pues debemos acudir a reglas distintas. Además, mientras que en relación con los primeros el RRI prevé reglas específicas para determinar la ley aplicable a determinados «contratos de consumo» (véase, en particular, el art. 6 RRI)⁶, esto no ocurre por lo que respecta a las normas para resolver los «conflictos interregionales» contenidas en el Cc.

En caso de «conflicto internacional», si, conforme al RRI, resulta aplicable la ley de un Estado plurilegislativo (con «varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales»), como el español, cada unidad territorial (como sería el caso, por ejemplo, de Cataluña) es considerada como un *país* a efectos de la determinación de la ley aplicable (art. 22.1 RRI). El RRI establece, así, un sistema de *remisión directa*⁷.

⁴ Véase., por ejemplo: art. 25.2 Reglamento Roma II, de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, art. 16 Reglamento Roma III, de 2010, de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial, art. 38 Reglamento 650/2012, de sucesiones, y art. 35 tanto del Reglamento 2016/1103, de cooperación reforzada en materia de regímenes económicos matrimoniales, como del Reglamento 2016/1104, de cooperación reforzada en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

⁵ Véase. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Article 2», U. MAGNUS, , P. MANKOWSKI, *et al.*, *European Commentaries on Private International Law*, Vol. 2: Rome I Regulation - Commentary, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 85-86; M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 245; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa y del suministro de contenidos y servicios digitales. Especial referencia a la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 por el legislador catalán», *Digitalización del Derecho de contratos en Europa*, L. ARNAU RAVENTÓS (Dir.), Barcelona: Ed. Atelier, 2022, pp. 165-166; A. FONT I SEGURAY M.E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 54.

⁶ Véase, anteriormente, el art. 5 CR 1980 («Contratos celebrados por los consumidores»).

⁷ Véase, en la misma línea, el art. 25.1 del Reglamento (CE) 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales —Roma II— (en adelante, RRII). Otros Reglamentos europeos parten, en cambio, en otros ámbitos, de reglas de *remisión indirecta* combinados con criterios subsidiarios de *remisión directa*; véanse, en este sentido, por ejemplo, los arts. 36 y 37 Reglamento 650/2012, de sucesiones, los arts. 33 y 34 Reglamento 2016/1103,

Ello implica que, dentro de la amplia libertad de elección de la ley aplicable que admite el RRI, cabe *elegir* directamente la «ley catalana» y que, en defecto de elección, resulta aplicable esta ley si los puntos de conexión *subsidiarios* o de las *reglas de escape o de cierre* del RRI están situados en Cataluña. Así, en caso de «conflicto internacional» en materia de obligaciones contractuales, la aplicación de la ley catalana dependerá directa y exclusivamente del RRI⁸.

2. «CONFLICTOS INTERNACIONALES» Y LEY APLICABLE A LOS «CONTRATOS DE CONSUMO»

Las normas de determinación de la ley aplicable contenidas en el RRI son de aplicación universal —*erga omnes*— (art 2 RRI).

El art. 6 RRI contiene *reglas específicas* para determinar la ley aplicable a los «contratos de consumo» que cumplen ciertos requisitos, establecidos en su párrafo primero (art. 6.1 y 2 RRI). Por lo que respecta al resto de contratos de consumo, que no cumplen dichos requisitos (art. 6.3 RRI) o que están expresamente excluidos del régimen previsto en el art. 6.1 y 2 RRI (arts. 6.1, al principio, y 6.4 RRI), hay que estar a las *reglas generales* previstas en el RRI (en particular: arts. 3 y 4 RRI) o bien a reglas especiales. En este sentido, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 23 RRI, el RRI «se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales»⁹.

de cooperación reforzada en materia de regímenes económicos matrimoniales, y los arts. 33 y 34 Reglamento 2016/1104, de cooperación reforzada en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

⁸ Véase J. J. FORNER DELAYGUA, «El Reglament europeu sobre llei aplicable a les obligacions contractals (Roma I)», en *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), Girona: Documenta Univeristaria, 2019, pp. 28, 39-40 y 50-52; M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 247; A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 55 y 61-62; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 167-168 y 169.

⁹ Véase F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación del Derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española», *Revista Lusa-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. 25, 2017, pp. 12-13 y 23 (disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/52335/REVISTA%20LUSO%20BRASILEIRA%202017.pdf?sequence=1> consulta: 3.11.2025); F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2023, § 25.12; En materia de protección de consumidores, existen normas unilaterales específicas que resultan, por ejemplo, de los arts. 6.2 Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Dir. 93/13/CEE), 12.2 Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante,

En cuanto a la legislación española, el art. 67.1 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante TRLGDCU), bajo la rúbrica «Normas de Derecho internacional privado», contiene una afirmación superflua (a la par que insuficiente¹⁰ y prescindible), en el sentido de que la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el RRI, así como por las demás disposiciones del Derecho de la UE que les sean de aplicación¹¹.

Dir. 2002/65/CE), 22.4 Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (en adelante, Dir. 2008/48/CE), y 12 Directiva 2008/122/CE, 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 (en adelante, Dir. 2008/122/CE).

Según el art. 6.2 Dir. 93/13/CEE: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». El art. 12.2 Dir. 2002/65/CE dispone: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el consumidor no pierda la protección concedida en virtud de la presente Directiva por haberse elegido como aplicable al contrato la legislación de un tercer país, si el contrato tiene un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros». Según el art. 22.4 Dir. 2008/48/CE: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que los consumidores no se vean privados de la protección que les otorga la presente Directiva como consecuencia de la elección, en el caso de contratos que tengan un vínculo estrecho con el territorio de uno o varios Estados miembros, del Derecho de un tercer país como Derecho aplicable al contrato». Por su parte, el art. 12.2 Dir. 2008/122/CE establece: «Si la normativa aplicable fuera la de un tercer país, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga la presente Directiva, *tal como la aplique el Estado miembro del foro*: — si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o — en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades» (el destacado es nuestro).

¹⁰ En este sentido, se limita exclusivamente a los conflictos *internacionales* y, además, identifica únicamente la norma de conflicto aplicable *a partir de 17 de diciembre de 2008* — véase art. 29 RRI—.

¹¹ Según TORRALBA MENDIOLA, en su momento, la introducción de la redacción actual del art. 67.1 TRLGDCU no alteró la situación de aplicación del Derecho conflictual; para esta autora: «su introducción en la Ley resulta irrelevante»; se trata de un párrafo descriptivo y prescindible, si bien, dada la relativa complejidad del sistema, puede no resultar ociosa la aclaración que contiene (E. TORRALBA MENDIOLA, «Las reglas de Derecho internacional privado en la reforma de la LGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 18, y *La Ley mercantil*, núm. 3, junio 2014). Para REQUEJO ISIDRO y ORÓ MARTÍNEZ, el apartado primero del art. 67 TRLGDCU tiene un carácter meramente didáctico (M. REQUEJO ISIDRO y C. ORÓ MARTÍNEZ, «Artículo 67. Normas de derecho internacional privado», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. [coord.], 2a ed., Cizur Menor [Navarra]: Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, pp. 956 y 968). Véase, también, M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 169; M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 249-250.

2.1. Los «contratos de consumo»: celebrados por un «consumidor» persona física para un uso ajeno a su actividad comercial o profesional

El RRI parte de un concepto restringido de «contrato de consumo», ligado a un concepto también restringido de «consumidor». En este sentido, el concepto de «consumidor» a los efectos del RRI es más estricto del que utilizan otros instrumentos de la UE¹². En cualquier caso, a efectos de determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, únicamente cabe recurrir a los *criterios específicos* previstos en el art. 6.1 y 2 RRI cuando estos encajen en el concepto estricto de «contrato de consumo» del que parte este precepto y, además, en el mismo intervenga un consumidor *pasivo*¹³.

El art. 6 RRI, titulado «[C]ontratos de consumo», se refiere a aquellos contratos celebrados por una *persona física* para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el «consumidor»)¹⁴ con otra persona (el «profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (art. 6 RRI). Quedan circunscritos, así, a los contratos celebrados por un consumidor *persona física* para un *uso ajeno a su actividad comercial o profesional*. Se prescinde de la modalidad de contratación¹⁵.

¹² Véase A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, núm. 2, 2009, §§ 68-72, pp. 90-94; M. WILDERSPIN, «Article 6», MAGNUS, U., P. MANKOWSKI, et al., *European Commentaries on Private International Law*, vol. 2: Rome I Regulation - Commentary, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 459-461; A.L. CALVO CARAVACA, «Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, §§ 13-14 y 16, pp. 94-95 y 96; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Plataformas digitales y actividades transfronterizas», *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 379-384; I. BASOREDO-OTZERINJAUREGI, «Derecho aplicable...», *op. loc. cit.*, 2021, pp. 658-659; C. T. UNGUREANU, «The European consumer: acasce of mistaken identity?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, p. 1457, § 42.

¹³ Véase epígrafe 2.2.1.

¹⁴ En contraste con el concepto de consumidor (*persona física*) del art. 6 RRI, el art. 3.1 TRLGDCU considera consumidores a los efectos de esta ley a las *personas físicas o jurídicas* y a *entidades sin personalidad* jurídica que actúen sin ánimo de lucro que «actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»; queda reservado a las *personas físicas*, en cambio, el concepto de personas consumidoras vulnerables (art. 3.2 TRLGDCU). Por lo que respecta a la legislación catalana, el art. 621-2.1 Código civil de Cataluña [en adelante CCCat] no exige que se trate de persona física y, además, alude al hecho que actúe con un propósito «principalmente» ajeno a la actividad empresarial o profesional; el art 111-2.a Código de consumo de Cataluña [en adelante CCons] se refiere expresamente a *personas físicas o jurídicas*, si bien alude, sin matices, a que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; los ejemplos de «colectivos especialmente protegidos» sí que parecen circunscribirse, en cambio, a *personas físicas* (arts. 111-2.c y 121-3 CCons). Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 176.

¹⁵ Véase L. ARNAU RAVENTÓS, A. FONT I SEGURA, M. E. GINEBRA MOLINS, J. TARABAL BOSCH, *L'aplicació del Dret Civil Català i els Reglaments europeus*, Centre d'Estudis Jurídics

La referencia al *uso ajeno a su actividad comercial o profesional* tiene como precedente lo previsto ya en el art. 5.1 CR 1980 («un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional»)¹⁶. Lo exige también, para ser considerado «consumidor», aunque con un objetivo distinto, relacionado con la competencia judicial, el art. 17.1 Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RBrus. I bis)¹⁷, así como su precedente, el art. 15.1 del derogado Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RBrus. I). Aluden también a «un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión», por ejemplo, las definiciones de «consumidor» de las Directivas 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores —en adelante, Dir. 2011/83/CE— (arts. 2.1)¹⁸, (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales —en adelante, Dir. 2019/770— (art. 2.6), y (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compra-

i Formació Especialitzada (CEJFE), 2023, p. 89 [disponible en: <https://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/catalog/crono/2023/aplicacio-dret-civil-catala-reglaments-europeus/index.html> (darrera consulta: 30.10.2025)].

¹⁶ Según el art. 5.1 del CR 1980: «Contratos celebrados por los consumidores.- 1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros».

¹⁷ El hecho que acudamos al RBrus. I bis no puede hacer olvidar que el RRI y el RBrus. I bis persiguen objetivos distintos. En este sentido, la STJUE 3.10.2019, *Jana Petruchová y FIBO Group Holdings Limited*, C-208/18, § 64, pone de relieve: «Así como el Reglamento Roma I se aplica, según su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, con el fin de determinar el Derecho material aplicable, el Reglamento n° 1215/2012 tiene por objeto fijar las normas que permitan determinar el tribunal competente para resolver un litigio en materia civil y mercantil que verse, en particular, sobre un contrato celebrado entre un profesional y una persona que actúa con un fin ajeno a su actividad profesional, de manera que esta última quede protegida en tal situación». De acuerdo con ello, en aquel caso concreto, el TJUE (§ 66) concluye que: «la exclusión de los instrumentos financieros del ámbito de aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I es irrelevante para la calificación de una persona de «consumidor» a los efectos del artículo 17, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012». Véase, también, en la misma línea, STJUE 2.5.2019, C-694/17, *Pillar Securitisation Sàrl vs. Hildur Arnadottir*, § 42 (ECLI:EU:C:2019:345).

¹⁸ Sin embargo, el cdo. 17 Dir. 2011/83/UE matiza esta definición cuando afirma: «La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, en presa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor».

venta de bienes —en adelante, Dir. 2019/771— (art. 2.d)¹⁹; a efectos de la Dir. 2002/65/CE, el «consumidor» se define como «toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional» (art. 2.d, Dir. 2002/65/CE); en términos similares se manifiestan la Dir. 2008/48/CE (art. 3.1 «que... actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional») y la Dir. 93/13/CEE (art. 2.b «que... actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»).

La exigencia de un *uso ajeno a la actividad comercial o profesional* para poder ser considerado «consumidor» ha sido matizada por la jurisprudencia, sobre todo en relación con la protección que dispensa al «consumidor» el RBrus I bis (y anteriormente el RBrus I) en materia de *competencia judicial*. Dicha jurisprudencia puede resultar indicativa a efectos de la noción de «consumidor» del RRI, pero qué se entienda por tal a efectos del RRI o del RBrus. I bis puede no coincidir.

En este sentido, por lo que respecta al concepto de «consumidor» de los arts. 17 y 18 RBrus. I bis, la STJUE 3.10.2019 (C-208/18, *Jana Petruchová y FIBO Group Holdings Limited*, §§ 41-42) ha precisado que «debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras». Así, 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 establecido por el RBrus. I bis para la protección del consumidor, como parte considerada económicamente más débil²⁰.

¹⁹ Los cdos. 16 y 17 Dir. 2019/770 y 21 y 22 Dir. 2019/771 matizan también que, en el caso de contratos con doble objeto, cuando el contrato se celebre con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial sea tan limitado que no predomine en el contexto general del contrato, los Estados miembros deben seguir teniendo libertad de determinar si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones.

²⁰ La STJUE 3.10.2019 (C-208/18, *Jana Petruchová y FIBO Group Holdings Limited*, §§ 43-44 [ECLI:EU:C:2019:825]) insiste: «Esta protección particular no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional... De ello se sigue que, en principio, las reglas de competencia específicas de los artículos 17 a 19 del Reglamento n° 1215/2012 solamente se aplican en el supuesto de que el contrato se haya celebrado entre las partes para un uso que no sea profesional del bien o servicio de que se trate». La misma sentencia (§§ 54-56) añade: «...para que pueda reconocerse a una persona tal calidad, basta con que celebre un contrato para un uso ajeno a su actividad profesional. A este respecto, la referida disposición [art. 17.1 RBrus I bis] no impone requisitos adicionales... en la medida en que el concepto de “consumidor”, en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, se define por oposición al de «operador económico», tiene un

Ahora bien, el TJCE ha admitido también que la persona pueda ampararse en las reglas de *competencia* específicas previstas para el consumidor «en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera *tan tenue* que pudiera considerarse *marginal* y, por tanto, sólo tuviera un papel *insignificante* en el contexto de la operación, considerada globalmente» —el destacado es nuestro— (STJCE 20.1.2005, C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG*, § 39, a propósito de los arts. 15 y 16 RBrus. I)²¹.

En otras ocasiones, en relación con el art. 15 del actualmente derogado RBrus. I, el TJUE ha ido todavía más allá (STJUE 25.1.2018, C-498/2016, *Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*, también a propósito del RBrus. I, §§ 32-41 y punto 1 del fallo)²², admitiendo que el consumidor que había contratado un servicio para un uso ajeno a su actividad comercial o profesional, pero que lo acaba utilizando de forma relevante para actividades profesionales, no pierde la condición de consumidor²³.

Por otra parte, según la STJUE 10.12.2020 (C-774/19, *A. B., B. B. vs. Personal Exchange International Limited*)²⁴, el art. 15.1 RBrus. I, «debe interpretarse en el sentido de que una persona física domiciliada en un Estado miembro que, por una parte, ha celebrado con una socie-

carácter objetivo y es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente... la calidad de “consumidor” de una persona debe ser examinada atendiendo únicamente a la posición que ocupa en un contrato determinado, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de este». Sobre esta sentencia, véase J. I. PAREDES PÉREZ, «La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión», *La Ley Unión Europea*, núm. 75, noviembre de 2019. Véase, también: STJCE 3.7.1997, C-269/95, *Francesco Benincasa vs. Dentalkit s.r.l.*, §§ 16-19 —a propósito del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil— (ECLI:EU:C:1997:337); STJCE 20.1.2005, C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG*, §§ 36 y 37 (ECLI:EU:C:2005:32); STJUE 3.9.2015, C-110/14, *Horațiu Ovidiu Costea vs. SC Volksbank România SA*, § 21 (ECLI:EU:C:2015:538); STJUE 25.1.2018, C-498/2016, *Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*, §§ 29-31 y 39 (ECLI:EU:C:2018:37); STJUE 14.2.2019, C-630/17, *Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen.*, § 89 (ECLI:EU:C:2019:123); Conclusiones del Abogado General Sr. Eugeni Tanchev, presentadas el 11.4.2019, C-208/18, *Jana Petruchová vs. FIBO Group Holdings Limited* § 53; STJUE 2.4.2020, C-500/2018, *AU vs. Reliantco Investments LTD, Reliantco Investments LTD Limassol Sucursala București*, §§ 47-50 y 52-54 (ECLI:EU:C:2020:264); STJUE 20.10.2022, C-604/20, *ROI Land Investments Ltd vs. FD*, §§ 52 y 53 —en los cuales, además de aludir al RBrus I bis, se refiere también al RRI— (ECLI:EU:C:2022:807); y STJUE 10.12.2020, C-774/19, *A. B., B. B. vs. Personal Exchange International Limited* (ECLI:EU:C:2020:1015).

²¹ ECLI:EU:C:2005:32. Véase, en el mismo sentido, la STJUE 14.2.2019, C-630/17, *Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen.*, § 93 (ECLI:EU:C:2019:123); y la STJUE 8.6.2023, C-570/21, *I. S., K. S. vs. YYY. S.A.*, §§ 47-50 (ECLI:EU:C:2023:456).

²² ECLI:EU:C:2018:37.

²³ Véase A.L. CALVO CARAVACA, «Consumer Contracts...», *op. loc. cit.*, 2020, pp. 94-95.

²⁴ ECLI:EU:C:2020:1015.

dad establecida en otro Estado miembro un contrato para jugar al póker en Internet que contiene condiciones generales determinadas por esta última y, por otra parte, no ha declarado oficialmente tal actividad ni ha ofrecido dicha actividad a terceros como servicio de pago no pierde la condición de “consumidor”... aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias»²⁵.

En relación con otros instrumentos europeos, el TJUE ha propiciado una interpretación directamente más amplia del concepto de «consumidor». Así, en cuanto al concepto de consumidor del art. 2.b Dir. 93/13/CEE²⁶, la STJUE 8.6.2023 (C-570/21, I. S., K. S. vs. YYY. S.A.)²⁷, tras insistir en que «es un “consumidor” toda persona física que, en los contratos regulados por esa Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»²⁸, acaba abogando por una interpretación amplia de «consumidor» —declaradamente más amplia de la que resulta de la STJCE 20.1.2005, C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG*²⁹—, para garantizar el efecto útil de la Dir. 93/13/CEE³⁰. En este sentido, indica (STJUE 8.6.2023, C-570/21, I. S., K. S. vs. YYY. S.A., § 39): «si bien, en principio, las disposiciones de la Directiva 93/13 únicamente se aplican en el supuesto de que el contrato en cuestión tenga por objeto un bien

²⁵ A propósito de la STJUE 10.12.2020, véase J. I. PAREDES PÉREZ, «Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I bis», *La Ley Unión Europea*, núm. 89, febrero de 2021.

²⁶ Según el art. 2.b Dir. 93/13/CEE: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por:... “consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

²⁷ ECLI:EU:C:2023:456.

²⁸ El TJUE insistió en que «la condición de “consumidor” del interesado debe determinarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión... Además, el Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de precisar que el concepto de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga» (STJUE 8.6.2023, C-570/21, I. S., K. S. vs. YYY. S.A., §§ 29 y 30, véase, también, § 34 [ECLI:EU:C:2023:456]). En relación con el concepto de consumidor en la Directiva 93/13/CEE, véanse, también, STJUE 21.3.2019, C-590/17, *Henri Pouvin, Marie Dijoux, de casada Pouvin, vs. Électricité de France (EDF)*, § 24 (ECLI:EU:C:2019:232); STJUE 27.10.2022, C-485/21, S. V. OOD vs. E. Ts. D., § 25 (ECLI:EU:C:2022:839); STJUE 9.6.2023, C-455/21, *OZ vs. Lyoness Europe AG* (ECLI:EU:C:2023:455); STJUE 30.4.2025, C-429/24, *St. Kliment Ohridski Primary Private School EOOD vs. QX* (ECLI:EU:C:2025:301).

²⁹ STJUE 8.6.2023, C-570/21, I. S., K. S. vs. YYY. S.A., §§ 47-53 (ECLI:EU:C:2023:456).

³⁰ STJUE 8.6.2023, C-570/21, I. S., K. S. vs. YYY. S.A., § 51: «...en la medida en que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 no es una disposición que deba ser objeto de una interpretación estricta y habida cuenta de la *ratio legis* de dicha Directiva, dirigida a proteger a los consumidores en caso de cláusulas contractuales abusivas, la interpretación estricta del concepto de «consumidor» realizada en la sentencia Gruber a los efectos de determinar el alcance de las reglas de competencia de carácter excepcional previstas en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas en caso de contratos de doble finalidad no puede extenderse, por analogía, al concepto de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13».

o un servicio destinado a un uso distinto del profesional, en determinados casos, una persona física que celebre un contrato relativo a un bien o a un servicio destinado a un uso parcialmente relacionado con su actividad profesional —y, por tanto, solo parcialmente ajeno a dicha actividad— podría ser calificada de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de dicha Directiva y beneficiarse, en consecuencia, de la protección que esta confiere». Y añade (§ 44): «a los efectos de la interpretación del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, procede tener en cuenta el considerando 17 de la Directiva 2011/83, que aclara la voluntad del legislador de la Unión en lo que respecta a la definición del concepto de “consumidor” en caso de contratos de doble finalidad y del que se desprende que, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial *es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato*, dicha persona deberá ser considerada como consumidor» —el destacado es nuestro—³¹.

2.2. La ley aplicable a los «contratos de consumo»

2.2.1. *Las reglas específicas de determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo en los que interviene un consumidor pasivo*

Las reglas específicas de determinación de la ley aplicable del art. 6.1 y 2 RRI se aplican únicamente a aquellos contratos de consumo en los que el «profesional» que intervenga *ejerza* sus actividades comerciales o profesionales en el *país* en el que el consumidor tenga

³¹ La misma STJUE 8.6.2023 añade (§§ 45 y 46): «45. La pertinencia de interpretar el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 a la luz del considerando 17 de la Directiva 2011/83 viene corroborada por el considerando 18 de la Directiva 2013/11 y por el considerando 13 del Reglamento n° 524/2013, que contienen la misma precisión en lo que atañe a la definición del concepto de “consumidor” en caso de contratos de doble finalidad. Si bien tanto la Directiva 2013/11 como el Reglamento n° 524/2013 versan sobre la solución de litigios en materia de consumo y, por lo tanto, sobre cuestiones distintas de las que se regulan en las Directivas 93/13 y 2011/83 en lo que respecta a la protección de los consumidores, estos considerandos son testimonio de la determinación del legislador de la Unión de dar un alcance horizontal a esa definición.- 46. En la medida en que los referidos considerandos figuran en actos legislativos posteriores a los hechos del litigio principal, basta con recordar que, como se ha indicado en el apartado 38 de la presente sentencia, el carácter imperativo de las disposiciones contenidas en la Directiva 93/13 y las exigencias particulares de protección de los consumidores que llevan aparejadas exigen que se dé preferencia a una interpretación amplia del concepto de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, para garantizar el efecto útil de esta. Por consiguiente, la interpretación teleológica de la Directiva 93/13 aboga a favor del enfoque expuesto por el legislador de la Unión en los mismos considerandos, según el cual una persona que ha celebrado un contrato con fines parcialmente relacionados con su actividad profesional deberá ser considerada como consumidor si la finalidad profesional es tan limitada que no predomina en el contexto global del contrato» (STJUE 8.6.2023, C-570/21, I. S., K. S. vs. YYY. S.A [ECLI:EU:C:2023:456]).

su residencia habitual o *dirija* sus actividades, por cualquier medio, a ese *país* y el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades³². Es decir, cuando el consumidor que contrata sea un consumidor —persona física— *pasivo* (o *sedentario*)³³, en el sentido que «recibe» las actividades comerciales o profesionales del «profesional» en el *país* de su residencia habitual³⁴. Si no se cumplan estas condiciones, la ley aplicable al contrato se determina conforme a las reglas generales previstas en los arts. 3 y 4 RRI (art. 6.3 RRI). En definitiva, únicamente merece una especial consideración, en cuanto a la determinación de la ley aplicable al contrato de consumo —como *parte débil*, en los términos previstos en el considerando (en adelante, cdo.) 23 RRI—, el consumidor *pasivo*³⁵. Lo relevante es que el consumidor haya sido «captado» en el país de su residencia habitual, no lo es, en cambio, que el contrato se haya celebrado a distancia en ese momento o entre presentes en un momento posterior³⁶.

Se requiere, pues, que el «profesional» *ejerza* sus actividades en el *país* de la residencia habitual del consumidor, o *dirija* sus actividades a dicho *país* (art. 6.1.a y b RRI y cdo. 24 RRI). Esta dualidad (*ejercer* o *dirigir* su actividad) aparecía ya en el derogado art. 15.1.c RBrus. I, y la encontramos hoy, también, en el art. 17.1.c RBrus. I bis³⁷, así como,

³² Véase art. 6.1 RRI y cdos. 24 y 25 RRI. Según el art. 6.1 y 2 RRI: «1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.- 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1».

³³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957, 30.5.2008; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, 2023, § 25.6.

³⁴ Véase A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L’aplicació de la regulació catalana de la compravenda...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 60; J. SUQUET CAPDEVILA, «Obligacions contractuals», *Lliçons de Dret Internacional Privat*, Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2023, p. 415.

³⁵ Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 181-182. Según el cdo. 23 RRI: «En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales».

³⁶ Véase, a propósito del art. 15.1.c RBrus I, STJUE 7.12.2010, C-585/08 y C-144/09, *Peter Pammer y Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG y Hotel Alpenhof GesmbH y Oliver Heller*, §§ 86-87 y 92 (ECLI:EU:C:2010:740) Véase F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación...», *op. loc. cit.*, p. 16.

³⁷ La referencia a que la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o dirigiere tales actividades a

por lo que respecta a la legislación española, en materia de cláusulas abusivas, en el art. 67.2.II TRLGDCU.

Al *ejercer* su actividad —ya sea de manera estable o bien temporal— en el *país* de residencia habitual del consumidor o *dirigir* «por cualquier medio» su actividad a ese país (en el sentido que haga ofertas o publicidad de sus productos o servicios, ya sea a través de internet, de anuncios de prensa, radio o televisión, de llamadas telefónicas, de mensajes SMS, etcétera), el «profesional» busca contratar con consumidores que tienen su residencia habitual en ese *país*³⁸. Que el «profesional» *dirija* sus actividades al *país* de la residencia habitual del consumidor no es equiparable a la mera accesibilidad a un sitio de Internet por los consumidores desde ese *país*³⁹.

dicho Estado miembro aparecía ya en el hoy derogado art. 15.1.c RBrus. I, y consta también el art. 17.1.c RBrus. I bis.

³⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *op. loc. cit.*, 2009, § 84, p. 99; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid: Colex, 2009, § 239, p. 277.

³⁹ Al respecto, véanse los cdos. 24 y 25 RRI. Véase, también, a propósito del art. 15.1.c RBrus. I, §§ 47-94 y apartado 2 del fallo de la STJUE 7.12.2010, C-585/08 y C-144/09, *Peter Pammer y Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG y Hotel Alpenhof GesmbH y Oliver Heller* (ECLI:EU:C:2010:740); § 44 STJUE 6.9.2012, C-190/11, *Daniela Mühleitner y Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi* (ECLI:EU:C:2012:542); y STJUE 17.11.2013, C-218/12, *Lokman Emrek vs. Vlado Sabranovic*, §§ 20-32 (ECLI:EU:C:2013:666). Sobre los indicios que pueden revelar que la actividad comercial se dirige al país de residencia del consumidor, véase, también, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento "Roma I"...», *op. loc. cit.*, 2008; A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *op. loc. cit.*, 2009, § 84, pp. 99-100; E. WAUTERS, E. LIEVENS, P. VALCKE, «Towards a better protection of social media users: a legal perspective on the terms of use of social networking sites», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 22, 2014, pp. 254-294 (especialmente p. 274 y 277-278); P. KINDLER, «The Law Applicable to Consumer Contracts in the Digital Single Market», *European Contract Law and the Digital Single Market*, A. DE FRANCESCHI (ed.), Cambridge: Intersentia, 2016 (*online* 2017), pp. 173-186 (especialmente pp. 175 y 176-183); M. WILDERSPIN, «Article 6...», *op. loc. cit.*, 2017, pp. 473-481; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, 2017, pp. 223-256; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación...», *op. loc. cit.*, pp. 14-16; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Los contratos transfronterizos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes tras las Directivas 2019/770 y 2019/771», 28.06.2019 (texto disponible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/los-contratos-transfronterizos-de.html> [consulta: 26.10.2025]); K. ŽOK, «Law Applicable to Cloud Computing Contracts Concluded with Consumers under Regulation 593/2008, According to the CJEU Case Law», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 14, núm. 1(2020), pp. 91-99 y 99-100; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Plataformas digitales...», *op. loc. cit.*, 2021, p. 388; M.-A. ARTOLA FERNÁNDEZ, «Los Reglamentos de la UE 593/2008 (Roma I) y 1215/12 (Bruselas I-Bis) y el día a día de la práctica jurisdiccional», *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 46-48; I. BASOREDO-OTZERINJAUREGI, «Derecho aplicable...», *op. loc. cit.*, 2021, pp. 666-667; PAREDES PÉREZ, J. I., «Contratos de suministro...», *op. loc. cit.*, 2021, pp. 14-18; A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda. Especial referencia...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 60; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, 2023, § 7.14; J. SUQUET CAPDEVILA, «Obligacions...», *op. loc. cit.*, 2023, p. 416.

La protección del consumidor *pasivo* se refleja también en las reglas de competencia judicial (arts. 17.1.c y 18 RBrus. I bis).

2.2.1.1. La elección de la ley aplicable. Límites

El RRI parte de una amplia libertad de elección de la ley aplicable, tanto con carácter general (art. 3 RRI), como en relación con los «contratos de consumo» (art. 6.2 RRI, que remite al art. 3.1 RRI), sin requerir, en principio, que la ley elegida presente conexión alguna con el contrato⁴⁰. Según el cdo. 11 RRI, la libertad de elección constituye una de las bases del sistema. La elección debe *manifestarse expresamente* o *resultar de manera inequívoca* de los términos del contrato o de las circunstancias del caso —elección implícita o deducida⁴¹— (arts. 3.1 y 6.2 RRI)⁴². Se puede elegir la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato —se admite el *dépeçage* (arts. 3.1 y 6.2 RRI)—. También es posible cambiar la ley aplicable al contrato durante su vigencia (art. 3.2 RRI). Por lo que respecta a la existencia y la validez del consentimiento en relación con la elección de la ley aplicable hay que estar a los arts. 10, 11 y 13 RRI (art. 3.5 RRI).

Sin embargo, la elección de ley no impide que, en ciertos casos, resulten aplicables disposiciones imperativas de otra ley. En este sentido, en los «contratos de consumo» en los que interviene un consumidor *pasivo*, la elección de la ley aplicable no puede acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas («que no puedan excluirse mediante acuerdo») de

⁴⁰ Véase STS 27.7.2021, FD 7º.4 (ECLI:ES:TS:2021:3188). *Cfr.*, en cambio, los arts. 5.2.II y 7.3 RRI, que prevén posibilidades de elección limitadas, y, por lo que respecta a los «conflictos interregionales», el art. 10.5.I Cc, al que remite el art. 16.1 Cc.

⁴¹ Al respecto, véase FD 7º.2 y 3 STS 477/2017, de 20.7.2017 (ECLI:ES:TS:2017:3027). Según el cdo. 12 RRI, uno de los factores que puede resultar indicativo de la sumisión implícita es el acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados al contrato. En este sentido, podría resultar indiciaria de la elección de la ley catalana la elección de fuero referida a órganos jurisdiccionales con sede en Cataluña. Otro factor podría ser, por ejemplo, que el contrato aluda a instituciones propias de un determinado Derecho. Véase A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *op. loc. cit.*, 2009, §§ 22-26, pp. 64-68; A. M. MONCAYO HORMIGO, «Consideraciones sobre la ley aplicable en materia contractual en el ámbito de la Unión Europea. Derecho aplicable a las obligaciones contractuales de naturaleza civil y mercantil en el marco del "Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio de 2008", sucesor normativo del Convenio de Roma de 1980», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 20/2022, *Aranzadi BIB* 2022\2311, pp. 10-11; A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda. Especial referencia...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 57; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 171-172 y 176.

⁴² Véase STJUE 14.9.2023, C-821/2021, *NM vs. Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd, European Resorts & Hotels, S. L.*, § 70 (ECLI:EU:C:2023:672).

la ley que, a falta de elección, sería aplicable conforme al art. 6.1 RRI —esto es, la ley del *país* en el que el consumidor tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato— (arts. 6.1 y 2 y 19.3 RRI y, por lo que respecta a los procedimientos de resolución alternativa de litigios, art. 11.1.b Directiva [UE] 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo [en adelante, Dir. 2013/11/UE])⁴³. Se trata de una ley previsible, conectada con el caso, que ahorra costes a ambas partes y que ha sido implícitamente asumida por la empresa o profesional que voluntaria y conscientemente ha optado por operar o dirigir sus actividades hacia consumidores que se encuentran en otros *países*⁴⁴. Así, si una empresa *dirige* su actividad a varios Estados, deberá respetar unas u otras normas imperativas, según dónde tenga su residencia habitual el consumidor⁴⁵.

De acuerdo con ello, por ejemplo, partiendo del art. 6.2 RRI, si se ha elegido como aplicable la «ley catalana», pero el consumidor *pasivo persona física* tiene su residencia habitual en otro *país*, el consumidor no perderá la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas («que no puedan excluirse mediante acuerdo») del *país* de su residencia habitual (arts. 6.1 y 2 y 22.1 RRI). Y, a la inversa, si la ley aplicable en defecto de elección es la catalana (por la residencia habitual del consumidor), la elección de otra ley no puede comportar para el consumidor *pasivo persona física* la pérdida de la protección que le

⁴³ Véase cdo. 25 RRI, así como: STJUE 28.7.2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation* contra *Amazon Eu Sàrl.*, §§ 59, 66, 69, 70 y 71, y apartado 2 de la parte dispositiva (ECLI:EU:C:2016:612); STJUE 10.2.2022, C-595/20, *UE vs. ShareWood Switzerland AG, VF*, § 15 (ECLI:EU:C:2022:86); STJUE 14.9.2023, C-821/2021, *NM vs. Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd., European Resorts & Hotels, S. L.*, §§ 34, 73 y 82 (ECLI:EU:C:2023:672); STJUE 14.9.2023, C-632/21, *JF, NS vs. Diamond Resorts Europe Limited (Sucursal en España), Diamond Resorts Spanish Sales, S. L., Sunterra Tenerife Sales, S. L.*, §§ 71, 73, 77 y 83 (ECLI:EU:C:2023:671). Véase, también, *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*, Comunicación de la Comisión, epígrafe 1.2.5 (*DOUE*, núm. L 323, 2019, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>); A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *op. loc. cit.*, 2009, §§ 87-88, pp. 103-105; A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda. Especial...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 60-61; GINEBRA MOLINS, M. E., «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 172-174; B. AÑOVIROS TERRADAS, «Contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles: legitimación pasiva, grupos de empresas, carácter abusivo de las cláusulas de elección de foro y derecho aplicable e imperatividad internacional de la ley española», *La Ley Unión Europea*, núm. 122, febrero 2024, §§ 24 y 30.

⁴⁴ Véase A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *op. loc. cit.*, 2009, § 84, p. 99; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable...*, *op. cit.*, 2009, § 240, p. 278.

⁴⁵ Véase P. DE MIGUEL ASENSIO, «Los contratos transfronterizos...», *op. loc. cit.*, 2019; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 173.

proporcionan las normas imperativas de la «ley catalana» (arts. 6.1 y 2 y 22. 1 RRI)⁴⁶.

Para que no sea considerada abusiva, la cláusula de elección de ley debe reflejar que la elección no priva al consumidor *pasivo* de la protección que le dispensan las normas imperativas del *país* de su residencia habitual. En este sentido, la STJUE 28.7.2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation* contra *Amazon Eu Sàrl.*, declaró (apartado 2 del fallo)⁴⁷: «El artículo 3, apartado 1, 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 una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, *es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma n.º 593/2008, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula*, extremos que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional a la luz de todas las circunstancias pertinentes»⁴⁸.

En la misma línea, se manifiesta la STJUE 14.9.2023, C-821/2021, *NM vs. Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd, European Resorts & Hotels, S. L.* (§§ 74 y 76)⁴⁹.

De acuerdo con lo previsto en el art. 6.2 RRI, con frecuencia, las propias cláusulas de elección de ley contenidas en las condiciones generales remiten directamente a la ley del *país* de la residencia habitual

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, los arts. 621-2.2 y 621-67.3 CCCat.

⁴⁷ Véanse, también, §§ 59, 66, 68, 69, 70 y 71 (ECLI:EU:C:2016:612; *Aranzadi*, TJCE 2016\296).

⁴⁸ El destacado es mío. Al respecto, véase el epígrafe 1.2.5 de las *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*, Comunicación de la Comisión (DOUE, núm. L 323, 2019, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>), así como P. DE MIGUEL ASENSIO, «Los contratos transfronterizos...», *op. loc. cit.*, 2019; C. M. CAAMINA DOMÍNGUEZ, «El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, octubre 2020, pp. 160-185; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 174. Véase, también, la STS 20.7.2021 (ECLI:ES:TS:2021:3073).

⁴⁹ ECLI:EU:C:2023:672. Al respecto, véase P. DE MIGUEL ASENSIO, «Precisiones sobre la aplicación del Reglamento Roma I y las normas sobre contratos internacionales de consumo», *La Ley Unión Europea*, núm. 122, febrero 2024, § 12; B. AÑOYEROS TERRADAS, «Contratos...», *op. loc. cit.*, §§ 24-25.

del consumidor⁵⁰, o bien establecen salvedades a favor de la legislación local obligatoria o del lugar de residencia del consumidor⁵¹.

La jurisprudencia del TJUE ha precisado que las reglas de determinación de la ley aplicable del art. 6.2 RRI tienen carácter imperativo, específico y exhaustivo, de modo que no pueden establecerse excepciones a esta disposición en favor de una legislación supuestamente más favorable para el consumidor (STJUE 14.9.2023, C-632/21, *JF, NS vs. Diamond Resorts Europe Limited [Sucursal en España], Diamond Resorts Spanish Sales, S. L., Sunterra Tenerife Sales, S. L.*, § 77)⁵². En la misma línea se manifiesta la STJUE 14.9.2023, C-821/2021, *NM vs. Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd, European Resorts & Hotels, S. L.* (§§ 85-88)⁵³, y el ATSJUE 14.3.2024, C-429/22, *VK vs. N1 Interactive ltd.* (§§ 24-32)⁵⁴.

Por lo que respecta a la legislación española, los párrafos 2 y 3 del art. 67 TRLGDCU —referidos, respectivamente, a las normas de protección frente a cláusulas abusivas contenidas en los arts. 82 a 91 TRLGDCU y a las normas de protección en materia de garantías contenidas en los arts. 114 a 126 TRLGDCU—⁵⁵ se manifiestan en un

⁵⁰ En este sentido, pueden consultarse, por ejemplo, las condiciones generales de *Meta* para *Facebook*, de *Apple* o de *Google* en M. E. GINEBRA MOLINS, «Cláusulas relativas a la muerte del usuario en los contratos de prestación de servicios digitales», *La herencia digital*, A. ANDRADES NAVARRO, F. J. ARANGUREN URRIZA, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. PALANCO CÁRDENAS y M.^a SERRANO FERNÁNDEZ (Dir.), Madrid: Fundación Notariado, 2024, pp. 73-75. Véase, también, P. DE MIGUEL ASENSIO, «La transposición autonómica de la Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales y los eventuales conflictos interregionales (e internacionales) en materia contractual», 20.12.2021 [texto disponible en: <https://pedro-demiguelasensio.blogspot.com/2021/12/la-trasposicion-autonomica-de-la.html> —consulta: 28.10.2025—]; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Plataformas digitales...», *op. loc. cit.*, 2021, p. 380.

⁵¹ Pueden consultarse, por ejemplo, en esta línea, las condiciones de *Amazon* o de *LinkedIn* en: M. E. GINEBRA MOLINS, «Cláusulas relativas a la muerte...», *op. loc. cit.*, 2024, pp. 74-75.

⁵² ECLI:EU:C:2023:671. Según esta sentencia (§ 75): «Una interpretación en virtud de la cual fuese posible establecer excepciones a las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a los contratos de consumo, debido a que otra ley sería más favorable para el consumidor, menoscabaría necesariamente de manera considerable la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, el principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales de los consumidores»; y añade (§ 76): «Además, dado que el artículo 6 del Reglamento Roma I tiene un carácter no solo específico, sino también exhaustivo, las normas de conflicto de leyes previstas en dicho artículo no pueden ser modificadas o completadas por otras normas de conflicto de leyes establecidas en el referido Reglamento, a menos que una disposición particular que figure en el citado artículo haga una remisión expresa a ellas». Al respecto, véase P. DE MIGUEL ASENSIO, «Precisiones...», *op. loc. cit.*, 2024, §§ 9-10; B. AÑOVEROS TERRADAS, «Contratos...», *op. loc. cit.*, 2024, § 26.

⁵³ ECLI:EU:C:2023:672. Al respecto, véase P. DE MIGUEL ASENSIO, «Precisiones...», *op. loc. cit.*, 2024, § 11.

⁵⁴ ECLI:EU:C:2024:245.

⁵⁵ El art. 67.2 TRLGDCU trae causa de la Dir. 93/13/CEE, mientras que el origen del art. 67.3 TRLGDCU se encuentra en la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que ha sido dero-

sentido similar, pero no coincidente, al art. 6.2 RRI. Además, enfocan la cuestión desde una perspectiva unilateral criticable y cuestionable⁵⁶. Literalmente, los párrafos 2 y 3 del art. 67 TRLGDCU, pretenden, de modo unilateral, que los arts. 82 a 91 y 114 a 126 (modificados posteriormente por el RD-L 7/2021, que incorpora las Dir. 2019/770 y 2019/771, de armonización plena⁵⁷) TRLGDCU —es decir, «la ley española» y, además, sin ni tan siquiera admitir que puedan haber otras leyes españolas— resulten aplicables cualquiera que sea la ley elegida (aunque sea la de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo [en adelante EEE] y con independencia del nivel de protección que proporcione la ley elegida) cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del EEE (aunque no sea España), y sin distinguir, además, en función de si se trata de un consumidor *activo o pasivo*⁵⁸. Sin embargo, ello resulta excesivo. El art. 67.2 y 3 TRLGDCU debe ser leído junto con el RRI —al que remite el propio art. 67 TRLGDCU en su párrafo primero—, debiendo prevalecer, al menos por lo que respecta a los consumidores *pasivos*, el art. 6 RRI⁵⁹.

Entre los preceptos a los que remite el art. 67.2 TRLGDCU, el art. 90.3 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que establezcan

gada por la Dir. 2019/771 (art. 23). Al respecto, véase M. REQUEJO ISIDRO y C. ORÓ MARTÍNEZ, «Artículo 67....», *op. loc. cit.*, 2015, p. 958; J. J. FORNER DELAYGUA, «El Reglament europeu...», *op. loc. cit.*, 2019, p. 51, nota 65.

⁵⁶ Según Torralba Mendiola, los párrafos 2 y 3 del art. 67 TRLGDCU incurrir en errores a la hora de interpretar el alcance y la finalidad de las Directivas que pretenden transponer, con consecuencias no del todo compatibles con la adecuada aplicación del resto de las disposiciones en materia de Derecho internacional privado (E. TORRALBA MENDIOLA, «Las reglas de Derecho internacional privado...», *op. loc. cit.*, 2014, p. 20; también, pp. 24-26). Tal y como destacan Requejo Isidro y Oró Martínez, la mera remisión del art. 67.1 TRLGDCU al RRI no soluciona por sí misma la compleja cuestión de cuál es la relación entre las reglas previstas en los apartados 2 y 3 del art. 67 TRLGDCU y las normas de conflicto contenidas en el RRI (M. REQUEJO ISIDRO y C. ORÓ MARTÍNEZ, «Artículo 67....», *op. loc. cit.*, 2015, pp. 957 y 969; también, pp. 957-968). Al respecto, *vid.*, también, J. EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 621-1...», *op. loc. cit.*, 2021, pp. 63-64; M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 249-250.

⁵⁷ Véanse art. 4 y cdos. 3, 6, 7, 8, 9 y 11 Dir. 2019/770 y art. 4 y cdos. 3, 6, 10, 25, 47, 62 y 70 Dir. 2019/771.

⁵⁸ Véase E. TORRALBA MENDIOLA, «Las reglas de Derecho internacional privado...», *op. loc. cit.*, 2014, pp. 25-26.

⁵⁹ Véanse E. TORRALBA MENDIOLA, «Las reglas de Derecho internacional privado...», *op. loc. cit.*, 2014, pp. 24-25; M. REQUEJO ISIDRO y C. ORÓ MARTÍNEZ, «Artículo 67....», *op. loc. cit.*, 2015, pp. 960-961; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación...», *op. loc. cit.*, p. 23; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Los contratos transfronterizos...», *op. loc. cit.*, 2019; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 169 y 174-175; A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda. Especial referència al Dret interregional i internacional privat», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2022, p. 62, nota 34. Destaca también los problemas que generan normas como la del art. 67 TRLGDCU, F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación...», *op. loc. cit.*, 2017, pp. 6-9.

la sumisión del contrato a un *Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida* a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza. Esta norma, pese a poder quedar amparada por el art. 8 Dir. 93/13/CE, resulta también problemática y su aplicación debe estar en función del RRI⁶⁰.

Por lo que respecta a los contratos de crédito al consumo, el art. 5.3 Ley 16/2011, de 24 de junio (en adelante, LCCC) —que incorpora al ordenamiento jurídico español la Dir. 2008/48/CE—, contiene también una norma unilateral, la cual, pese a no distinguir tampoco, como el art. 67.2 y 3 TRLGDCU, entre consumidores *activos y pasivos*, se circunscribe a los casos en los que la ley elegida sea la de un *tercer Estado* y el contrato tenga un vínculo más estrecho con el territorio de un Estado del EEE⁶¹. En términos similares se expresa el art. 3. II y III de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, LCDSFC), que incorpora al ordenamiento jurídico español la Dir. 2002/65/CE⁶². Prevé también una norma unilateral, para el caso en que, conforme al RRI, resulte aplicable la *ley de un Estado no miembro del EEE*, el art. 17 Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de

⁶⁰ Sobre la relación entre el art. 90.3 TRLGDCU y el RRI, véase C. L. GARCÍA PÉREZ, «Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [coord.], 2a ed., Cizur Menor [Navarra]: Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, pp. 1386-1389 —en especial pp. 1388-1389—; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación...», *op. loc. cit.*, pp. 21-24. Por lo que respecta a la jurisprudencia española, destaca la STS 20.7.2021 (ECLI:ES:TS:2021:3073).

⁶¹ Véase art. 22.4 Dir. 2008/48/CE. El art. 5.3 LCCC establece: «Las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación no sólo cuando el correspondiente contrato de crédito se rija por la legislación española o esta de cualquier otro modo resulte de aplicación, sino también cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un tercer Estado, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.- Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el prestamista o el intermediario de crédito ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato de crédito estuviere comprendido en el marco de esas actividades» (el destacado es nuestro).

⁶² Véase art. 12.2 Dir. 2002/65/CE. Según el art. 3.II y III LCDSFC: «Las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.- Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».

productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias⁶³.

2.2.1.2. La ley aplicable en defecto de elección

En defecto de elección, la ley aplicable a los contratos de consumo en los que intervenga un consumidor *pasivo* es la del *país* en que el consumidor tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato (arts. 6.1 y 19.3 RRI), tanto si se trata de un Estado miembro como si es un tercer Estado, y prescindiendo del tipo de contrato de que se trate (exceptuando los expresamente excluidos, conforme al art. 6.1, al principio, y 6.4 RRI)⁶⁴.

2.2.1.3. Los contratos excluidos del régimen específico previsto para los contratos de consumo

El art. 6.1 RRI deja al margen del *régimen específico* de los contratos de consumo (art. 6.1 y 2 RRI) los contratos de transporte, que se rigen por lo previsto en el art. 5 RRI, y los contratos de seguro, respecto de los cuales hay que estar a lo que establece el art. 7 RRI.

Por otra parte, conforme al art. 6.4 RRI, quedan excluidos de las *reglas específicas* previstas en el art. 6.1 y 2 RRI y, por lo tanto, quedan sometidos al régimen general previsto en el RRI (en particular en los arts. 3 y 4 RRI) o bien a un régimen jurídico especial derivado del art. 23 RRI⁶⁵, los siguientes contratos (art. 6.4 RRI y cdos. 27 y 28 RRI)⁶⁶:

a) Los contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, *exclusivamente*, en un *país* distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual (art. 6.4.a RRI)⁶⁷.

⁶³ Al respecto, véase F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación...», *op. loc. cit.*, 2017, pp. 7-10.

⁶⁴ Véase A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *op. loc. cit.*, 2009, § 70, pp. 92-93; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 181.

⁶⁵ Véase epígrafe 2, al principio, y nota 9.

⁶⁶ Véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento "Roma I"...», *op. loc. cit.*, 2008; A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *op. loc. cit.*, 2009, §§ 77-82, pp. 95-98; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable...*, *op. cit.*, 2009, §§ 230-235, pp. 272-275.

⁶⁷ Según la STJUE 3.10.2019 (C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation vs. TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG*, fallo [ECLI:EU:C:2019:827]): «El artículo 5, apartado 4, letra b), del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento nº 593/2008 deben interpretarse en el sentido de que no está comprendido en el ámbito de la exclusión prevista en dichas disposiciones un contrato fiduciario en virtud del cual los servicios al consumidor deben prestarse, a distancia, en el país de residencia habitual de este desde el territorio de otro país»; a propósito de esta sentencia, véase E. JIMÉNEZ PALMA, «Fondos de inversión inmobiliaria

b) Los contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado (art. 6.4.b RRI)⁶⁸.

c) Los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble⁶⁹ distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 6.4.c RRI)⁷⁰;

d) Los «derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero»⁷¹;

e) Los contratos celebrados dentro de un sistema multilateral que entre en el ámbito de aplicación del art. 4.1.h RRI⁷².

y derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019, Verein für Konsumenteninformation, C-272/18», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, pp. 800-803. Por lo que respecta a los contratos de prestación de servicios, *vid.*, también, el art. 4.1.b RRI.

⁶⁸ Véase art. 5 RRI. Por lo que respecta a los contratos relativos a un viaje combinado, el art. 6.4.b RRI remite a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, la cual ha sido derogada y sustituida por la Directiva (UE) 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (art. 29 y cdo. 54). A propósito del RBrus. I, pero aludiendo al RRI, *vid.* STJUE 7.12.2010, C-585/08 y C-144/09, *Peter Pammer y Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG y Hotel Alpenhof GesmbH y Oliver Heller*, §§ 42-46 (ECLI:EU:C:2010:740).

⁶⁹ Véase art. 4.1.c y d RRI.

⁷⁰ Por lo que respecta a los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, el art. 6.4.c RRI remite a la definición de la Directiva 94/47/CE, la cual ha sido derogada por la Dir. 2008/122/CE (art. 18); véase art. 12 Dir. 2008/122/CE. Sobre la exclusión prevista en el art. 6.4.c RRI, *vid.* STJUE 10.2.2022, C-595/20, *UE vs. ShareWood Switzerland AG, VF*, §§ 18-38 (ECLI:EU:C:2022:86). Al respecto, véase C. ROSENDE VILLAR, «Ley aplicable a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles celebrado con un consumidor (Comentario STJUE 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 ShareWood)», *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXVI, fasc. III, 2023, pp. 1227-1244.

⁷¹ Véanse cdos. 28, 29 y 30 RRI, así como: STJUE 3.10.2019, C-208/18, *Jana Petruchová y FIBO Group Holdings Limited*, §§ 37, 60-66 y 78 (ECLI:EU:C:2019). La exclusión prevista en el art. 6.4.d RRI pone de manifiesto la asimetría entre la esfera material de aplicación del art. 17.1º RBrus. I bis y el art. 6 RRI. Véase J. I. PAREDES PÉREZ, «La noción de consumidor...», *op. loc. cit.*, 2019, §§ 21-22.

⁷² Véase cdo. 28 RRI. El art. 4.1.h RRI se refiere a contratos celebrados «en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley» Directiva derogada por la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros [art. 94], modificada por la Directiva [UE] 2016/1034, de 23 de junio de 2016.

2.2.2. Los «contratos de consumo» en los que interviene un consumidor activo

Si en el «contrato de consumo» interviene un consumidor *activo* —que se desplaza a un *país* distinto del de su residencia habitual, donde el «profesional» *ejerce o dirige* sus actividades comerciales o profesionales—, la ley aplicable se determina de conformidad con los criterios generales previstos en los arts. 3 y 4 RRI (art. 6.3 RRI)⁷³. En este caso, es el propio consumidor quien introduce el elemento de internacionalidad y por ello quien debe pechar con las consecuencias⁷⁴.

En caso de Estados plurilegislativos, como el español, siempre que estemos ante un «conflicto internacional», como consecuencia de lo previsto en el art. 22.1 RRI, debe ser considerado consumidor *activo* el que se desplaza a una unidad territorial distinta de la de su residencia habitual para interactuar con el «profesional». La determinación de la ley aplicable debe hacerse entonces conforme a los arts. 3 y 4 RRI (art. 6.3 RRI)⁷⁵.

2.2.2.1. La elección de la ley aplicable. Límites

Con carácter general, el art. 3 RRI parte de una amplia libertad de elección de la ley aplicable, sin requerir que la ley elegida presente alguna conexión con el contrato⁷⁶. Partiendo de ello y de acuerdo con el art. 22.1 RRI, en caso de Estados plurilegislativos, conviene identificar cuál es la concreta ley elegida.

Sin embargo, la elección no impide que, conforme al art. 3.4 RRI, también puedan acabar resultando aplicables las disposiciones de otra ley que no puedan excluirse por acuerdo. En este sentido, la *elección de la ley de un Estado que no sea miembro de la UE* (de un tercer Estado), cuando *todos los demás elementos pertinentes* de la situación *se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros*, no impedirá la

⁷³ Véase STJUE 14.9.2023, C-821/2021, *NM vs. Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd, European Resorts & Hotels, S. L.*, §§ 34 y 83 (ECLI:EU:C:2023:672). Véase, también, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento "Roma I"...», *op. loc. cit.*, 2008; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 10.5», *Comentarios al Código civil*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 293; M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 250; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 181-182.

⁷⁴ Véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, 2023, § 25.8.

⁷⁵ Por ejemplo: una persona con nacionalidad francesa y residencia habitual en Barcelona se desplaza a Pamplona para comprar una aspiradora. Se trata de un consumidor *activo*, de modo que, en defecto de elección, la ley aplicable será la de la unidad territorial en la que tenga su residencia habitual el vendedor (arts. 4.1.a y 22.1 RRI). Si el vendedor reside en Navarra, resultará aplicable, pues, la «ley navarra».

⁷⁶ Al respecto, véase epígrafe 2.2.1.1.

aplicación de las disposiciones imperativas («que no puedan excluirse mediante acuerdo») del Derecho comunitario *tal y como se apliquen en el Estado miembro del foro* —«ley del foro»— (art. 3.4 RRI)⁷⁷, lo cual podría conducirnos, en su caso, a la ley catalana (art. 3.4 RRI en relación con el art. 22.1 RRI). Se busca, así, evitar el fraude de las normas europeas⁷⁸. Estas disposiciones imperativas pueden ser normas de protección de consumidores.

Tratándose de un consumidor *activo* no cabría, en principio aplicar lo previsto en el art. 3.3 RRI para los supuestos en los que, al margen de la ley elegida, *todos* los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados, en el momento de la elección, en un *país* distinto de aquel cuya ley se elige, pues en la situación concurrirían, como mínimo, dos elementos localizados en *países* distintos (el de la residencia habitual del consumidor y aquel en el que el «profesional» *ejerce* o al que *dirige* sus actividades).

En cualquier caso, si interviene un consumidor *activo*, que abandona su zona de confort y se traslada a un *país* distinto del de su residencia habitual, donde el «profesional» *ejerce* o al que *dirige* sus actividades, y se elige una ley distinta de la del *país* de la residencia habitual del consumidor, este pierde la protección que le ofrecen las normas imperativas («que no pueden excluirse mediante acuerdo») de la ley de su residencia habitual.

2.2.2.2. La ley aplicable en defecto de elección

En defecto de elección, el art. 4.1 RRI establece *criterios subsidiarios* para determinar la ley aplicable, que están en función del tipo de contrato de que se trate (art. 4 RRI).

En muchos casos el punto de conexión utilizado es la residencia habitual. Al respecto, en el caso de que se trate de una persona jurídica, habrá que estar a lo previsto en el art. 19.1 RRI⁷⁹. Este precepto define qué se entiende, a efectos del RRI, por «residencia habitual» de una sociedad, asociación o persona jurídica, identificándola con el lugar

⁷⁷ Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 249; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 168, 170 y 172. El art. 12.2 Dir. 2008/122/CE alude a que, en caso de que la ley aplicable sea la de un tercer Estado, si concurren las circunstancias que prevé el precepto, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga esta Directiva, *tal como la aplique el Estado miembro del foro*. Por lo que respecta a las diferencias entre el art. 3.4 RRI y el art. 12.2 Dir. 2008/122/CE, véase F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación...», *op. loc. cit.*, 2017, pp. 12-13.

⁷⁸ Véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, 2023, § 24.20.

⁷⁹ Véase también, por lo que respecta a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, el art. 23 RRII.

de su administración central (art. 19.1.I RRI), y prevé también que quien haya podido intervenir sea una sucursal, agencia u otro establecimiento, en cuyo caso se considera residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia o establecimiento esté situado (art. 19.2 RRI). La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional es el lugar de su establecimiento principal (art. 19.1.II RRI).

Ciñéndonos a aquellos contratos en los que puede intervenir un consumidor⁸⁰ —activo—, los *criterios subsidiarios* de determinación de la ley aplicable que debemos tener en cuenta son los siguientes:

a) Los contratos de compraventa de mercaderías (entendidas estas como bienes muebles tangibles) se rigen por la ley del *país* donde el vendedor tenga su residencia habitual (art. 4.1.a RRI) en el momento de la celebración del contrato (art. 19.3 RRI)⁸¹.

b) Los contratos de prestación de servicios se rigen por la ley del *país* donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual (art. 4.1.b RRI) en el momento de la celebración del contrato (art. 19.3 RRI)⁸².

c) Los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se rigen por la ley del *país* donde esté sito el bien inmueble (art. 4.1.c RRI)⁸³. Sin embargo, el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal

⁸⁰ De acuerdo con ello, de los contratos que enumera el art. 4.1 RRI, descartamos los de franquicia (art. 4.1.e RRI) y los de distribución (art. 4.1.f RRI).

⁸¹ Véase cdo. 17 RRI, según el cual los conceptos de «prestación de servicios» y de «venta de mercaderías» deben interpretarse del mismo modo que al aplicar las reglas de competencia judicial (en concreto, este cdo. alude al RBrus I, sustituido hoy por el RBrus. I bis); en este sentido, aluden a la «compraventa de mercaderías» el art. 5.1.b RBrus. I, derogado, y el art. 7.1 RBrus. I bis vigente. En cuanto a la distinción entre «compraventa de mercaderías» y «prestación de servicios» a propósito del art. 5.1 RBrus. I —precedente del art. 7.1.b RBrus. I bis—, véase STJUE 25.2.2010, C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl*, §§ 27-43 (ECLI:EU:C:2010:90). Por lo que respecta al «contrato de compraventa» (o «de venta»), véase también, por ejemplo: arts. 2.5 Dir. 2011/83/CE, 4.1.c Dir. 2013/11/UE y 2.1 Dir. 2019/771. Se refieren a bienes muebles tangibles, por ejemplo: cdo. 12 y art. 2.5 Dir. 2019/771; y art. 2.3 Dir. 2019/770. A propósito del art. 4.1.a RRI, véase MAGNUS, «Article 4», U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, et al., *European Commentaries on Private International Law*, vol. 2: Rome I Regulation - Commentary, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 280-283; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 177-180.

⁸² Véase cdo. 17 RRI y arts. 5.1.b RBrus. I (derogado) y 7.1 RBrus. I bis vigente, así como la nota anterior. Véase, también, arts. 6.4.a RRI, 2.6 Dir. 2011/83/CE y 4.1.d («contrato de servicios») Dir. 2013/11/UE. Por lo que respecta al art. 4.1.b RRI, véase M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 178-180. Por lo que respecta a los contratos de prestación de servicios, véase cdo. 17 RRI.

⁸³ Véase RDGRN 3.8.2016 (BOE núm. 230, 23.9.2016) y, en el caso de un contrato complejo y descartando que se tratara de un contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario, STJUE 10.2.2022, C-595/20, *UE vs. ShareWood Switzerland AG, VF*, §§ 24-29 y 39 (ECLI:EU:C:2022:86).

temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se rige por la ley del *país* donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo *país* (art. 4.1.d RRI)⁸⁴.

d) Los contratos de venta de bienes mediante subasta se rigen por la ley del *país* donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse (art. 4.1.g RRI)⁸⁵.

e) Los contratos celebrados en mercados financieros organizados quedan sujetos a la ley que gobierna el mercado (art. 4.1.h RRI)⁸⁶.

Cuando el contrato no esté contemplado en el art. 4.1 RRI o sus elementos correspondan a más de uno de los tipos a los que se refiere dicho precepto, se rige por la ley del *país* donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica (art. 4.2 y cdo. 19 RRI).

Finalmente, los párrafos 3 y 4 del art. 4 RRI regulan, respectivamente, una *cláusula de escape* y otra *de cierre*. Según la primera, aunque la ley aplicable se haya podido determinar conforme a los *criterios subsidiarios*, si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta *vínculos manifiestamente más estrechos* con otro *país* distinto del indicado en los apartados 1 o 2 del art. 4 RRI, se aplica la ley de este otro *país* (art. 4.3 RRI). Tal y como resulta de los términos del art. 4.3 RRI, la aplicación de la *cláusula de escape* —que se redactó a imagen de las prevista en el RRII⁸⁷— es excepcional. Y la elección de la ley aplicable impide la aplicación de la *cláusula de escape*⁸⁸.

Según la *cláusula de cierre*, prevista en el art. 4.4 RRI, si no se puede determinar la ley aplicable por los *criterios subsidiarios* de los apartados 1 o 2 del art. 4 RRI, el contrato se rige por la ley del *país* con el que el contrato presente vínculos más estrechos⁸⁹.

⁸⁴ Como precedente, véase el derogado art. 22.1 RBrus I.

⁸⁵ Véase MAGNUS, “Article 4”... *op. loc. cit.*, 2017, pp. 280-283.

⁸⁶ Véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, 2023, § 24.30. La redacción del supuesto previsto en el art. 4.1.h RRI (Véase, también, cdo. 18 RRI) es algo complicada. Alude a: «el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley». La Directiva 2004/39/CE ha sido derogada por la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (art. 94).

⁸⁷ Véase arts. 4.3, 5.2, 10.4, 11.4 y 12.2.c RRII.

⁸⁸ Véase cdos. 16, 20 y 21 RRI. Véase, también, A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L’aplicació de la regulació...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 59-60; M. E. GINEBRA MOLINS, «L’aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 251-252; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 180-181.

⁸⁹ Véase cdo. 21 RRI.

3. «CONFLICTOS INTERREGIONALES»: LA FALTA DE REGLAS ESPECÍFICAS PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE A LOS «CONTRATOS DE CONSUMO»

En caso de «conflicto interregional» (situación o relación jurídicamente heterogénea, con elementos relevantes vinculados con distintos Derechos civiles españoles) hay que acudir al art. 16.1 Cc y, en materia de obligaciones contractuales, a la remisión que este hace al art. 10.5 Cc⁹⁰.

El art. 10.5 Cc establece unos *criterios generales* y otros *específicos* —en relación con los contratos relativos a bienes inmuebles y las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles—. No prevé, en cambio, ninguna regla específica para los «contratos de consumo»⁹¹, respecto de los cuales habrá que estar, por lo tanto, *ex art.* 16.1 Cc, a los *criterios generales* o *específicos* del art. 10.5 Cc, los cuales, sin embargo, resultan poco adecuados⁹².

3.1. Criterios generales: sumisión expresa y criterios subsidiarios

Se admite, en primer lugar, la autonomía de la voluntad conflictual, pero con ciertas limitaciones. En este sentido, se aplica a las obligaciones contractuales *la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente*⁹³, siempre que tenga *alguna conexión* con el negocio de que se trate (art. 16.1 y 10.5 Cc)⁹⁴.

A diferencia de lo que ocurre en los «conflictos internacionales», en la medida que en los «interregionales» no existen reglas específicas

⁹⁰ Ello supone partir de que el art. 16.1 Cc contiene una remisión a la redacción que tengan en cada momento los artículos del Capítulo IV del Título Preliminar del Cc («Normas de Derecho internacional privado»), y no a las normas que hayan podido sustituirlos en el ámbito de los conflictos internacionales. Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 242-244 y 252-253; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 182.

⁹¹ Cfr., en cambio, art. 6 RRI y 67 y 90.3 TRLGDCU.

⁹² Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 253; Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 183; A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 63-64 y 69.

⁹³ Esto contrasta con lo previsto, en el ámbito de los conflictos internacionales, en el art. 3.1 RRI, que admite tanto la elección expresa como la que resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

⁹⁴ En el ámbito de los conflictos internacionales, en cambio, el RRI no limita, en principio y con carácter general, las leyes que se pueden elegir (arts. 3.1 y 6.2 RRI), aunque la elección no impida que deban aplicarse también las normas imperativas de otra ley (arts. 3.3 y 4 y 6.2 RRI). Véanse epígrafes 2.2.1.1 y 2.2.2.1.

para los contratos de consumo, no se prevé ninguna salvedad a favor de la aplicación de las normas imperativas de otra ley, distinta de la elegida y aplicable en defecto de elección, del tipo de la establecida, a favor del consumidor *pasivo*, en el art. 6.2 RRI⁹⁵.

En defecto de sometimiento expreso, las obligaciones contractuales se rigen por la *ley personal común de las partes* (arts. 16 y 10.5.I Cc), la cual, en los «conflictos interregionales», es la determinada por la *vecindad civil* (art. 16.1.1^a Cc)⁹⁶. Este criterio no resulta, sin embargo, adecuado para las personas jurídicas⁹⁷. En los «conflictos interregionales» no existe un criterio claro y homogéneo que identifique la «ley personal» de las personas jurídicas⁹⁸. Ante la falta de una regla clara al respecto, la STSJ 14.3.2019 (FD 3) ha considerado que la ley personal a la que alude el art. 10.5.I Cc viene determinada por la vecindad civil «o el domicilio social en el caso de las personas jurídicas»⁹⁹.

En defecto de ley personal común, la ley aplicable es la *de la residencia habitual común* (arts. 16.1 y 10.5.I Cc). Si, para la persona física, el concepto de residencia habitual está más o menos consolidado, resulta algo forzado aplicarlo, en cambio, en el ámbito interregional, en relación con las personas jurídicas. En cuanto a los «conflictos interregionales» no disponemos de normas del estilo de los arts. 19 RRI y 23 RRII, que regulen la «residencia habitual» de las personas jurídicas, y no resulta evidente cómo debe identificarse esta, sobre todo si hay que diferenciarla de su «ley personal». Ante este vacío, se han apunta-

⁹⁵ Véase M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 183.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, SAP Barcelona 4.10.2024 (ECLI:ES:APB:2024:12196).

⁹⁷ Véase, en este sentido, por ejemplo, la RDGRN 29.8.2019, FD 4 (BOE núm. 261, 30.10.2019).

⁹⁸ Existen algunos criterios específicos, y no precisamente coincidentes, que aluden a la sujeción concreta a un determinado Derecho civil español (véase, por ejemplo, la determinación del ámbito de aplicación del libro tercero CCCat en el art. 311-1.1 CCCat, que se refiere al lugar donde se ejercen las funciones mayoritariamente; o la malograda «condición foral de las personas jurídicas» de la ley 12 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (norma que aludía al domicilio y a la sujeción al Derecho navarro y que, ha sido declarada inconstitucional por considerarse que aborda una materia reservada con carácter exclusivo a la legislación estatal [STC 16.9.2021, FJ 8, BOE núm. 251, 20.10.2021, 128051-128109]).

⁹⁹ ECLI:ES:TSJCAT:2019:2158. Véase, también, por ejemplo, en la misma línea: SAP Barcelona 17.9.2020 (ECLI:ES:APB:2020:8437); SAP Tarragona 22.10.2020 (ECLI:ES:APT:2020:1356); SAP Navarra 22.6.2021 (ECLI:ES:APNA:2021:1123); SAP Girona 22.9.2021 (ECLI:ES:APGI:2021:1002); SAP Navarra 26.10.2021 (ECLI:ES:APNA:2021:2087); SAP Navarra 23.11.2021 (ECLI:ES:APNA:2021:2018); SAP Navarra 26.11.2021 (ECLI:ES:APNA:2021:1524); SAP Navarra 16.6.2022 (ECLI:ES:APNA:2022:582); SAP Navarra 6.2.2024 (ECLI:ES:APNA:2024:415); SAP Navarra 15.3.2024 (ECLI:ES:APNA:2024:390); SAP Girona 2.10.2024 (ECLI:ES:APGI:2024:1931); y SAP Pontevedra 17.6.2025 (ECLI:ES:APPO:2025:1953). Al respecto, véase A. FONT I SEGURA y M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 65-66; M. E. GINEBRA MOLINS, «L'aplicació de la regulació catalana...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 254; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, pp. 184-185.

do diversas posibilidades, como, por ejemplo, acudir al lugar donde se encuentra la administración central, o el del establecimiento principal, o el centro efectivo de actividades¹⁰⁰.

Finalmente, el último criterio subsidiario que prevé el art. 10.5.I Cc es la *ley del lugar de celebración del contrato*¹⁰¹, el cual, en muchos casos, puede resultar poco representativo. Al respecto, hay que tener en cuenta las presunciones de los arts. 1262.II, al final, Cc y 29 Ley estatal 34/2002, de 11 de julio, «de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico». En particular, según este último precepto, los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un *consumidor*, se presumirán celebrados en el lugar en que este tenga su residencia habitual.

3.2. Contratos relativos a bienes inmuebles

A falta de sometimiento expreso, los contratos relativos a *bienes inmuebles* se rigen por la *ley del lugar de situación del bien* (*arts. 16.1 y 10.5.II Cc*)¹⁰².

3.3. Compraventas de bienes muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles

En defecto de sometimiento expreso, las compraventas de bienes muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles se rigen por la ley del lugar donde estos radiquen —expresión que hay que interpretar como referida a la «ley del vendedor»¹⁰³, aunque la otra parte pueda ser un consumidor—.

¹⁰⁰ Véase. A. FONT I SEGURA, «Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de Derecho interregional a prueba», *Nuevos escenarios del Derecho Internacional privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 279; M. E. GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa...», *op. loc. cit.*, 2022, p. 185.

¹⁰¹ Al respecto, Véase, por ejemplo: STSJC 14.3.2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:2158), SAP Barcelona 17.9.2020 (ECLI:ES:APB:2020:8437), SAP Barcelona 23.2.2021 (ECLI:ES:APB:2021:1017), SAP Navarra 26.7.2021 (ECLI:ES:APNA:2021:1356), SAP Girona 22.9.2021 (ECLI:ES:APGI:2021:1002), SAP Navarra 6.2.2024 (ECLI:ES:APNA:2024:415), SAP Navarra 9.7.2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1312), SAP Girona 2.10.2024 (ECLI:ES:APGI:2024:1931) y SAP Pontevedra 17.6.2025 (ECLI:ES:APPO:2025:1953).

¹⁰² Véase, por ejemplo, STSJC 7.10.1991 (*Aranzadi*, RJ 1992\3909), STSJC 1.6.1993 (*Aranzadi*, RJ 1993\6324), STSJC 24.7.1995 (*Aranzadi*, RJ 1995\9973) y RDGRN 29.8.2019 (BOE núm. 261, 30.10.2019), SAP Barcelona 27.6.2024 (ECLI:ES:APB:2024:9271).

¹⁰³ Véase A. FONT I SEGURA, «Pluralidad normativa...», *op. loc. cit.*, 2021, p. 279. Véase, también, SAP Lleida 22.7.2021 (ECLI:ES:APL:2021:581).

4. CONCLUSIONES

En caso de «conflicto de leyes», la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales derivadas de relaciones jurídico-privadas viene determinada: en caso de «conflictos internacionales», por el RRI, siempre que se trate de obligaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación (art. 1.1 RRI); en cambio, en caso de «conflictos interregionales», hay que estar a la remisión que hace el art. 16.1 Cc al art. 10.5 Cc.

Por lo que respecta a los «contratos de consumo», mientras que el RRI prevé *reglas específicas* para determinar la ley aplicable cuando intervenga en ellos un consumidor *pasivo persona física* (art. 6.1 y 2 RRI); las normas para resolver los «conflictos interregionales» del Cc no contienen, en cambio, ninguna referencia a los «contratos de consumo».

En caso de «conflicto internacional», el RRI establece un sistema de *remisión directa*, de modo que, si, conforme al RRI, resulta aplicable la ley de un Estado plurilegislativo, como el español, cada unidad territorial es considerada como un *país* a efectos de la determinación de la ley aplicable (art. 22.1 RRI). Ello implica que, dentro de la amplia libertad de elección de la ley aplicable que admite el RRI, cabe *elegir* directamente la ley catalana y que, en defecto de elección, resulta aplicable la ley catalana si los puntos de conexión *subsidiarios* o de las *reglas de escape o de cierre* del RRI están situados en Cataluña. Así, en caso de «conflicto internacional» en materia de obligaciones contractuales, la aplicación de la ley catalana dependerá directa y exclusivamente del RRI.

Por lo que respecta a los «conflictos internacionales», el RRI establece un *régimen específico* para los «contratos de consumo», celebrados por un consumidor *persona física*, para un *uso ajeno a su actividad comercial o profesional*, siempre que pueda considerarse un consumidor *pasivo* —en el sentido que «reciba» las actividades comerciales o profesionales del «profesional» en el *país* de su residencia habitual— (arts. 6.1 y 2 RRI). En cambio, en caso de que intervenga un consumidor *activo* —que se desplaza a un *país* distinto del de su residencia habitual, donde el «profesional» *ejerce* o *dirige* sus actividades comerciales o profesionales—, la determinación de la ley aplicable al contrato se sujeta a las *reglas generales* previstas en los arts. 3 y 4 RRI (art. 6.3 RRI) o bien a reglas especiales, conforme al art. 23 RRI. En definitiva, únicamente merece una especial consideración, en cuanto a la determinación de la ley aplicable al «contrato de consumo», el consumidor *pasivo*.

Con carácter general, el RRI parte de una amplia libertad de elección de la ley aplicable, sin requerir que la ley elegida presente alguna conexión con el contrato (arts. 3 y 6.2 RRI).

Ahora bien, según el régimen específico previsto para los «contratos de consumo» en los que intervenga un consumidor *pasivo*, la elección de la ley aplicable no puede acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley del *país* en el que el consumidor tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato (arts. 6.1 y 2 y 19.3 RRI). Dicha ley es la aplicable, además, en defecto de elección (arts. 6.1 y 19.3 RRI).

El consumidor *activo*, en cambio, pierde la protección que le ofrecen las normas imperativas de la ley de su residencia habitual, a no ser que haya sido esta la ley elegida. En caso de Estados plurilegislativos, como el español, tratándose de un «conflicto internacional», como consecuencia de lo previsto en el art. 22.1 RRI, debe ser considerado consumidor *activo* el que se desplaza a una unidad territorial distinta de la de su residencia habitual para interactuar con el «profesional».

En los contratos en los que intervenga un consumidor *activo*, la elección no impide que también puedan acabar resultando aplicables las disposiciones imperativas de otra ley, conforme al art. 3.4 RRI. En este sentido, la elección de la ley de un Estado que no sea miembro de la UE, cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho comunitario tal y como se apliquen en el Estado miembro del foro —«ley del foro»— (art. 3.4 RRI). Estas normas imperativas del Derecho comunitario tal y como se apliquen en el Estado miembro del foro pueden ser normas de protección de consumidores.

En defecto de elección de ley, los *criterios generales subsidiarios* del art. 4.1 y 2 RRI están en función del tipo de contrato de que se trate, los cuales, sin embargo, pueden verse desplazados, excepcionalmente, por la *cláusula de escape* a favor de la ley del *país* con el que, según las circunstancias del caso, el contrato presente vínculos «manifiestamente más estrechos» (art. 4.3 RRI). La elección de ley impide que pueda operar la *cláusula de escape*. Finalmente, el art. 4.4 RRI prevé una *cláusula de cierre*, para el caso en que no se pueda determinar la ley aplicable conforme a los *criterios subsidiarios*, a favor de la ley del *país* con el que el contrato presente vínculos más estrechos.

En caso de «conflicto interregional», las normas de conflicto previstas en el Cc (arts. 16.1 y 10.5 Cc) admiten la *elección de la ley aplicable*, pero únicamente a favor de una ley que presente alguna conexión con el contrato. Al margen de ello, los *criterios subsidiarios* de determinación de la ley aplicable para el caso en que no exista sumisión expresa resultan poco adecuadas y no prevén ninguna regla específica para los «contratos de consumo».

5. BIBLIOGRAFÍA

- AÑOVEROS TERRADAS, B., «Contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles: legitimación pasiva, grupos de empresas, carácter abusivo de las cláusulas de elección de foro y derecho aplicable e imperatividad internacional de la ley española», *La Ley Unión Europea*, núm. 122, febrero 2024.
- ARNAU RAVENTÓS, L., FONT I SEGURA, A., GINEBRA MOLINS, M. E. y TARABAL BOSCH, J., *L'aplicació del Dret Civil Català i els Reglaments europeus, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEJFE)*, 2023, p. 89 [disponible en: <https://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/catalog/crono/2023/aplicacio-dret-civil-catala-reglaments-europeus/index.html> (darrera consulta: 30.10.2025)].
- ARTOLA FERNÁNDEZ, M.-A., «Los Reglamentos de la UE 593/2008 (Roma I) y 1215/12 (Bruselas I-Bis) y el día a día de la práctica jurisdiccional», *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 17-50.
- BASOREDO-OTZERINJAUREGI, I., «Derecho aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 652-682.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 2, octubre 2020, pp. 160-185.
- CALVO CARAVACA, A.-L., «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. I, núm. 2, 2009, pp. 52-133.
- «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *El Notario del siglo XXI*, núm. 24, marzo-abril 2009 (disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1625-el-reglamento-roma-i-sobre-la-ley-aplicable-a-las-obligaciones-contractuales-cuestiones-escogidas-0-40715707597057993> [consulta: 21.7.2022]).
- «Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 86-96.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Article 2», MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. et al., *European Commentaries on Private International Law*, Vol. 2: *Rome I Regulation - Commentary*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 82-87.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid: Colex, 2009.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., «La transposición autonómica de la Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales y los eventuales conflictos interregionales (e internacionales) en materia contractual», 20.12.2021 [texto disponible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2021/12/la-trasposicion-autonomica-de-la.html> —consulta: 28.10.2025—].
- DE MIGUEL ASENSIO, P., «Plataformas digitales y actividades transfronterizas», *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*,

- P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 379-411.
- «Los contratos transfronterizos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes tras las Directivas 2019/770 y 2019/771», 28.06.2019 (disponible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/los-contratos-transfronterizos-de.html> [consulta: 20.10.2025]).
 - «Precisiones sobre la aplicación del Reglamento Roma I y las normas sobre contratos internacionales de consumo», *La Ley Unión Europea*, núm. 122, febrero 2024.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., «La determinación del Derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española», *Revista Lusa-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 25, 2017, pp. 199-234 [pp. 1-25] (disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/52335/REVISTA%20LUSO%20BRASILEIRA%202017.pdf?sequence=1> consulta: 3.11.2025).
- FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4 (octubre-diciembre-2021).
- FONT I SEGURA, A., «Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de Derecho interregional a prueba», *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 235-292.
- «Obligaciones contractuales y plurilegislación en el ordenamiento español», *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, mayo 2025, núm. 2.287 Bis, pp. 461-509.
- FONT I SEGURA, A. y GINEBRA MOLINS, M. E., «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda. Especial referència al Dret interregional i internacional privat», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2022, pp. 49-69.
- FORNER DELAYGUA, J.-J., «La ley aplicable a los contratos internacionales», *Derecho contractual europeo*, BOSCH CAPDEVILA, E. (Dir.), Barcelona: Registradores de Catalunya, Bosch, 2009, pp. 51-84.
- «El Reglament europeu sobre llei aplicable a les obligacions contractuales (Roma I): *Aplicabilitat* espacial de la normativa elaborada a Catalunya en matèria de contractes», *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), Girona: Documenta Univeristaria, 2019, pp. 17-61.
- GARCÍA PÉREZ, C. L., «Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [coord.], 2a ed., Cizur Menor [Navarra]: Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, pp. 1361-1389.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957, 30.5.2008.
- «Artículo 10.5», *Comentarios al Código civil*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), T. I (art. 1 a 151), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 284-305.

- *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2023.
- GINEBRA MOLINS, M. E., «L'aplicació de la regulació catalana de la compravenda», *Estudis de Dret català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, BADOSA COLL, F. (Dir.), GINEBRA MOLINS, M. E. y LAUROBA LACASA, E. (coord.), Barcelona: Ed. Atelier, 2022, pp. 239-259.
- «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa y del suministro de contenidos y servicios digitales. Especial referencia a la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 por el legislador catalán», *Digitalización del Derecho de contratos en Europa*, L. ARNAU RAVENTÓS (Dir.), Barcelona: Ed. Atelier, 2022, pp. 157-193.
- «Cláusulas relativas a la muerte del usuario en los contratos de prestación de servicios digitales», *La herencia digital*, A. ANDRADES NAVARRO, F. J. ARANGUREN URRIZA, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. PALANCO CÁRDENAS y M.ª SERRANO FERNÁNDEZ (Dir.), Madrid: Fundación Notariado, 2024, pp. 59-114.
- JIMÉNEZ PALMA, E., «Fondos de inversión inmobiliaria y derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019, Verein für Konsumenteninformation, C-272/18», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, núm. 2, pp. 789-805.
- KINDLER, P., «The Law Applicable to Consumer Contracts in the Digital Single Market», *European Contract Law and the Digital Single Market*, A. DE FRANCESCHI (ed.), Cambridge: Intersentia, 2016 (online 2017), pp. 173-186.
- LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ, A., «El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, 2017, pp. 223-256.
- MAGNUS, U., «Article 4», MAGNUS, U., MANKOWSKI, P. et al., *European Commentaries on Private International Law*, Vol. 2: *Rome I Regulation - Commentary*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 263-441.
- MAGNUS, U., MANKOWSKI, P. et al., *European Commentaries on Private International Law*, vol. 2: *Rome I Regulation - Commentary*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017.
- MANKOWSKI, P., «Article 3», MAGNUS, U., MANKOWSKI, P. et al., *European Commentaries on Private International Law*, vol. 2: *Rome I Regulation - Commentary*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 87-263.
- MONCAYO HORMIGO, A. M., «Consideraciones sobre la ley aplicable en materia contractual en el ámbito de la Unión Europea. Derecho aplicable a las obligaciones contractuales de naturaleza civil y mercantil en el marco del "Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio de 2008", sucesor normativo del Convenio de Roma de 1980», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 20/2022, Aranzadi BIB 2022\2311.
- PARADES PÉREZ, J. I., «La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión», *La Ley Unión Europea*, núm. 75, noviembre de 2019.
- «Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I bis», *La Ley Unión Europea*, núm. 89, febrero de 2021.
- «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales B2C: problemas de calificación y Tribunales competentes», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 41, junio 2021.

- «Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I bis», *La Ley Unión Europea*, núm. 89, Febrero de 2021
- REQUEJO ISIDRO, M. y ORÓ MARTÍNEZ, C., «Artículo 67. Normas de derecho internacional privado», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), 2a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, pp. 954-973.
- ROSENDE VILLAR, C., «Ley aplicable a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles celebrado con un consumidor (Comentario STJUE 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 ShareWood)», *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXVI, fasc. III, 2023, pp. 1227-1244.
- SALES PALLARÉS, L., VELASCO RETAMOSA, J. M. y DE LA VILLA BRIONGOS, I., *El consumidor internacional: problemas, peligros y algunas soluciones desde la ley aplicable*, A Coruña: Colex, 2025.
- SUQUET CAPDEVILA, J., «Obligacions contractuals», *Lliçons de Dret Internacional Privat*, Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2023, pp. 403-437.
- TORRALBA MENDIOLA, E., «Las reglas de Derecho internacional privado en la reforma de la LGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 17-26; *La Ley mercantil*, núm. 3, junio 2014.
- UNGUREANU, C. T., «The European consumer: acasce of mistaken identity?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, pp. 1449-1457.
- WAUTERS, E., LIEVENS, E. y VALCKE, P., «Towards a better protection of social media users: a legal perspective on the terms of use of social networking sites», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 22, 2014, pp. 254-294.
- WILDERSPIN, M., “Article 6”, MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P., et al., *European Commentaries on Private International Law*, vol. 2: *Rome I Regulation - Commentary*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 454-490.
- ŽOK, K., «Law Applicable to Cloud Computing Contracts Concluded with Consumers under Regulation 593/2008, According to the CJEU Case Law», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 14, núm. 1(2020), pp. 83-104.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 367-384
DOI: 10.37417/VSECC/13
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

NOVEDADES EN LOS PROCESOS CON CONSUMIDORES A RAÍZ DE LA LO 1/2025*

Lluís CABALLOL ANGELATS
Profesor titular de universidad de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. MEDIDAS EN MATERIA DE CONSUMO CON MOTIVO DEL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA DE 2023: 2.1 Generalización del control de oficio de cláusulas abusivas; 2.2 Procedimiento testigo y de extensión de efectos de la sentencia firme (artículos 438 bis y 519 LEC); 2.3. La ineficacia del pacto por el que los consumidores se obligan ante el empresario a interactuar por medios electrónicos ante la administración de justicia; 2.4. Sentencias recurribles en casación; 2.5. Se establece un límite mínimo del tipo de subasta en la escritura de constitución de la hipoteca (art. 682.2.1º LEC); 2.6. Medidas cautelares de oficio durante la suspensión del proceso por cuestión prejudicial (art. 721.3 LEC).— 3. NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025: 3.1. Intento de negociación previa y la reclamación extrajudicial previa en el nuevo sistema de procedibilidad: 3.1.1. *La Disposición adicional séptima: regla general de procedibilidad en litigios de consumo*; 3.1.2 *Los artículos 439.5 y 439 bis LEC: especialidad reforzada en el ámbito hipotecario*; 3.2. Tasación de la condena en costas en favor del consumidor demandante (art. 32.5 LEC); 3.3. Límite mínimo del valor de adjudicación en la subasta de la vivienda habitual (art. 670.3 LEC).— 4. UNA NO NOVEDAD DE ÚLTIMA HORA. LA CAÍDA DEL PROYECTO DEL PROCESO ESPECIAL DE ACCIONES COLECTIVAS.— 5. CONCLUSIÓN.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución de la Cátedra UB-ACC sobre «Estudios de consumo y resolución alternativa de litigios» y del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 i por FEDER (UE). El autor forma parte del Instituto de investigación TransJus UB.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2025, de medidas complementarias para la eficiencia del servicio público de justicia (en adelante LO 1/2025), constituye la culminación de la iniciativa de reforma del ordenamiento procesal civil español puesta en marcha con el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 2023. Este proyecto se ha materializado progresivamente a través del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, y, finalmente, la citada Ley Orgánica 1/2025. En conjunto, estas disposiciones configuran un nuevo marco procesal orientado a la modernización del sistema judicial y a la efectividad de la tutela judicial de los consumidores.

La relevancia de esta iniciativa legislativa no se agota en la dimensión técnica de las modificaciones introducidas, sino que reside en la consolidación de una línea jurisprudencial y legislativa que reconoce la especial posición del consumidor en el proceso civil. La nueva regulación recoge y sistematiza medidas que, en los últimos años, han sido impulsadas tanto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

El presente trabajo tiene por objeto principal examinar el alcance de las novedades introducidas por la LO 1/2025 en el ámbito de los procesos con consumidores, identificando sus principales innovaciones, algunos de los problemas interpretativos que plantean y las implicaciones prácticas que derivan de su aplicación.

De todos modos, con el fin de ofrecer una visión panorámica también se dedicará un primer apartado a repasar las medidas que se han aprobado como consecuencia de la aprobación en tres fases del inicial Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2023.

El impacto de estas normas en el ámbito de los procesos con consumidores puede analizarse desde una doble perspectiva: por un lado, las reformas generales, que inciden indirectamente en la tramitación de los litigios de consumo, y, por otro lado, las reformas específicas, dirigidas a establecer un régimen jurídico particular en determinados aspectos de los procesos en los que intervienen consumidores y usuarios. Dedicaremos la atención principalmente a estas últimas, aunque también aprovecharemos para llamar la atención sobre algunas de las medidas generales que nos parecen más relevantes.

2. MEDIDAS EN MATERIA DE CONSUMO CON MOTIVO DEL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA DE 2023

La Ley Orgánica 1/2025 constituye la última entrega de una serie de reformas legislativas derivadas del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2023.

En este apartado haremos un repaso de las principales novedades introducidas con motivo de este proyecto, pero con anterioridad a la promulgación y entrada en vigor de la LO 1/2025, con el fin de ofrecer una panorámica que permita apreciar el contenido y orientación del proyecto.

Entre las novedades más significativas destaca la extensión del control de oficio de la abusividad de las cláusulas contractuales a fases procesales hasta ahora no contempladas, y la regulación del denominado procedimiento testigo (art. 438 Bis de la LEC) y de la extensión de efectos de la sentencia firme (art. 519 LEC) —introducida por el Real Decreto-ley 6/2023—.

Completaremos este apartado con referencias, al régimen de las comunicaciones electrónicas, a las resoluciones recurribles en casación, a los límites a la determinación del tipo de la subasta de bienes pignorados o hipotecados y la adopción de oficio de medidas cautelares en los casos de suspensión del procedimiento por haberse formulado una cuestión prejudicial.

2.1. Generalización del control de oficio de cláusulas abusivas

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, extendió la obligación expresa del juez o jueza de examinar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas en los contratos suscritos con consumidores a todas las modalidades procesales que hasta el momento no la contemplaban expresamente. La explicitación se ha concretado en tres modalidades procesales distintas: en la jura de cuentas (art. 34.4 LEC), en la orden general de ejecución de títulos extrajudiciales (arts. 551.1, 552.4, 561.2 y 695.3 LEC), y en el procedimiento monitorio (art. 815.3 LEC).

Con esta triple previsión se generaliza el control de oficio de la abusividad en todas las modalidades y fases del proceso civil, incluidas las sumarias, reforzando así la tutela efectiva de los derechos de los consumidores.

Es de destacar que, habiendo sido calificada esta cuestión como un asunto de orden público por el TJUE, la reforma legal explicita un valor jurídico de principio que quedaba implícito en las modalidades procesales en que se ha concretado la reforma. En efecto, la eventual infracción del orden público, en la medida que resulta apreciable por el Tribunal a partir de los datos y evidencias que constan en autos, lo habilita para apreciarla y declararla aun cuando las partes no la hayan denunciado y aun cuando los textos legales no prevean expresamente este deber. Ciertamente, a la luz de este razonamiento bien podría considerarse, que posiblemente no sería imprescindible explicitar en el texto legal esta medida, pero lo cierto es que su introducción contribuye a esclarecer las dudas que se pudieran plantear y se orienta a asegurar una respuesta uniforme por parte del conjunto del sistema de Tribunales.

2.2. Procedimiento testigo y de extensión de efectos de la sentencia firme (artículos 438 bis y 519 LEC)

El Real Decreto-ley 6/2023 crea también el procedimiento testigo, concebido para gestionar la proliferación de litigios masivos o repetitivos —frecuentes en materia de consumo— mediante la designación de un proceso representativo que servirá de referencia para los demás. Los procedimientos sustancialmente idénticos pueden ser suspendidos hasta la resolución del proceso testigo, cuya sentencia podrá extender sus efectos a los casos suspendidos si existe identidad sustancial de hechos y fundamentos. Se trata de un instrumento de racionalización judicial que busca evitar resoluciones contradictorias y favorecer la uniformidad jurisprudencial. Se ha visto en esta medida una solución intermedia entre la acción individual y la acción colectiva para hacer frente a las infracciones masa que generan una gran cantidad de reclamaciones idénticas. La viabilidad de este instrumento se sustenta en que, analizada una infracción, en un pleito que es idéntico, en los que se inician con posterioridad pueden tomarlo como referencia para determinar si la solución adoptada puede extenderse al caso que se está considerando total o parcialmente o, por el contrario, precisa de un examen completo del problema.

Los retos prácticos que plantea son determinar cuándo las reclamaciones deben ser tratadas procesalmente mediante esta técnica, el ámbito de la suspensión de la tramitación de reclamaciones y las facultades de las partes de los procesos suspendidos en el procedimiento piloto.

La principal objeción que cabe plantear es que esta novedad no tiene carácter general, ya que únicamente es aplicable a las demandas referidas en el art. 250.1. 14.º. Es decir: aquellas «en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación...». Cabe opinar que los supuestos en que puede generarse una bandada de litigios

con el mismo contenido no se limitan a esta temática y que parece que el legislador se ha limitado a contemplar los tipos de asuntos que en la actualidad copan el quehacer diario de los tribunales.

Por otro lado, pese a dedicar dos preceptos íntegramente a esta nueva modalidad, se han quedado aspectos esenciales en el tintero, como podrían ser la posibilidad de intervención de los reclamantes de los procesos suspendidos en el pleito testigo y la regulación específica de las costas en los casos de extensión de efectos.

Por último, hay que indicar que todo apunta a que esta reforma lleva incorporado su propio antídoto, ya que el requisito de que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante (apartado 1 del art. 438 bis) puede tener el efecto de que muchos asuntos no puedan canalizarse por esta modalidad de tramitación. No en vano la declaración de nulidad de cláusulas que han dado lugar a un gran volumen de asuntos se ha basado en la falta de transparencia de estas, lo cual podría llevar a que infinidad de situaciones individuales referidas a una cláusula idéntica en todos ellos se queden al margen de esta técnica.

Por su parte, el apartado segundo del art. 519 LEC introduce un mecanismo de extensión de efectos de las sentencias firmes dictadas en procesos individuales sobre condiciones generales de la contratación, con el fin de evitar la multiplicación de litigios idénticos y garantizar una tutela más ágil y uniforme a los consumidores. Este instrumento permite que los efectos de una sentencia firme, obtenida por un consumidor frente a una entidad predisponente, se proyecten sobre otros consumidores en idéntica situación jurídica, sin necesidad de iniciar nuevos procedimientos declarativos, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en las letras a) a e) del propio precepto.

La norma configura así una vía intermedia entre la acción colectiva y la acción individual, facilitando que un fallo judicial —por ejemplo, que declare nula una cláusula suelo o una comisión bancaria— pueda beneficiar a otros consumidores cuando concurren identidad sustancial de condiciones contractuales.

No obstante, la norma mantiene ciertos límites —como la imposibilidad de realizar un nuevo control de transparencia o de valorar vicios del consentimiento— para preservar la seguridad jurídica y evitar revisiones fácticas.

Un aspecto central del art. 519.2 LEC es la exigencia de que la sentencia firme, cuyos efectos se pretenden extender, sea la dictada por la Audiencia Provincial tras el correspondiente recurso de apelación. Lo cual obedece a razones de seguridad jurídica y homogeneidad.

Ahora bien, este requisito también limita el alcance práctico del sistema, pues excluye las sentencias firmes de primera instancia no

recurridas, habituales en los litigios de consumo donde el empresario decide no apelar.

Se echa en falta que no se haya previsto la posibilidad de la extensión de efectos en todos los supuestos en los que la sentencia firme se ha dictado en un procedimiento testigo independientemente de la instancia en que la resolución alcanzado firmeza. Téngase en cuenta que este procedimiento es el que se seguirá para extender los efectos de la sentencia dictada en un procedimiento testigo a los procedimientos iniciados paralelamente y que han quedado suspendidos a la espera de que se resuelva el procedimiento testigo (art. 438 LEC). En cambio, las reclamaciones idénticas, planteadas tras la firmeza de la sentencia de ese mismo procedimiento testigo no podrán beneficiarse de la extensión de efectos si no han sido apeladas.

2.3. La ineficacia del pacto por el que los consumidores se obligan ante el empresario a interactuar por medios electrónicos ante la Administración de justicia

El art. 152.2.b) LEC establece una regla especial para los contratos de adhesión en los que intervengan consumidores y usuarios, al disponer que los actos de comunicación se practicarán conforme al régimen previsto para quienes no estén obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, siendo esta forma la única válida a efectos del cómputo de plazos.

Esta previsión tiene carácter imperativo y protector, y opera incluso cuando el consumidor haya asumido expresamente la obligación de comunicarse electrónicamente en virtud de una cláusula contractual. El legislador pretende así evitar que la autonomía de la voluntad desplace el régimen procesal garantista, asegurando que el consumidor no quede en desventaja por razones técnicas o de acceso digital.

El precepto no impide que se intente la comunicación electrónica, pero determina que solo la practicada por los medios ordinarios —esto es, los aplicables a quienes no están obligados al uso de medios electrónicos— producirá efectos jurídicos.

2.4. Sentencias recurribles en casación

El Real Decreto-ley 5/2023 de 28 de junio introduce una modificación sustancial en el régimen del recurso de casación civil. Un aspecto particular de esta reforma que puede tener una incidencia en la aplicación del Derecho de consumo es la previsión del art. 477.1 de la LEC, según el cual, «Serán recurribles en casación las sentencias que pongan fin a la segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales

cuando, conforme a la ley, deban actuar como órgano colegiado...». En consecuencia, no tendrán acceso al Tribunal Supremo las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales cuando el recurso del que traen causa haya sido sustanciado por un solo magistrado. Lo cual sucederá según dispone el art. 82.2.1º de la LOPJ en los juicios verbales cuya adecuación se determina en atención únicamente a la cuantía del proceso. Es decir, los comprendidos en el apartado 2 del art. 250 de la LEC.

Esta limitación afecta especialmente a los juicios que constituyen el cauce habitual de las reclamaciones de consumidores de escaso importe: demandas cuya cuantía no exceda de 15.000 euros. El efecto práctico es una reducción, cuando menos en abstracto, del control casacional sobre materias de consumo, con el consiguiente riesgo de fragmentación jurisprudencial en litigios de pequeña cuantía, pero de gran frecuencia social.

2.5. Se establece un límite mínimo del tipo de subasta en la escritura de constitución de la hipoteca (art. 682.2.1º LEC)

El art. 682.2.1º LEC establece que, para que una escritura de constitución de hipoteca pueda servir de título ejecutivo, debe constar en ella el precio en que las partes tasan el bien hipotecado a efectos de subasta, el cual no podrá ser inferior al 75 por 100 del valor de tasación determinado conforme al art. 18 del Real Decreto-ley 24/2021. Esta exigencia constituye una garantía mínima de proporcionalidad entre el valor real del bien y el importe que servirá como referencia en la eventual ejecución.

La norma persigue evitar situaciones en las que el deudor hipotecario —frecuentemente un consumidor— pueda sufrir una pérdida patrimonial desproporcionada en caso de ejecución, al fijarse valores de subasta artificialmente bajos que faciliten la adjudicación del inmueble al acreedor por una cantidad muy inferior a su valor de mercado.

2.6. Medidas cautelares de oficio durante la suspensión del proceso por cuestión prejudicial (art. 721.3 LEC)

El art. 721.3 LEC, introducido por el Real Decreto-ley 6/2023, permite al tribunal, cuando suspenda un proceso individual de un consumidor en virtud del art. 43 LEC —por planteamiento de una cuestión prejudicial—, adoptar de oficio y sin exigencia de caución las medidas cautelares necesarias para garantizar la eficacia del eventual pronunciamiento estimatorio. Esta previsión matiza el alcance del principio dispositivo en la manera que tradicionalmente se ha aplicado las medidas cautelares en el Derecho privado y refuerza la función activa del juez en la protección del consumidor.

La norma responde al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en materia de consumo, imponiendo al órgano judicial la obligación de asegurar que la suspensión del proceso no prive de utilidad a la futura sentencia. La dispensa de caución elimina un obstáculo económico que frecuentemente impedía al consumidor solicitar medidas cautelares, corrigiendo así la desigualdad estructural frente al profesional.

Con ello se consolida un modelo procesal más garantista y coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que exige una protección judicial real y no meramente formal de los derechos de los consumidores.

3. NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025

La Ley Orgánica 1/2025 culmina el ciclo de reformas procesales iniciado en 2023 con los Reales Decretos-leyes 5/2023 y 6/2023. Su finalidad es racionalizar el funcionamiento del proceso civil y reforzar la tutela judicial efectiva de los consumidores y usuarios, en línea con las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

Las principales novedades se articulan en tres ejes:

a) La creación de un nuevo sistema de procedibilidad en los litigios de consumo, basado en el intento de negociación o reclamación extrajudicial previa (Disposición adicional séptima y arts. 439.5 y 439 bis LEC);

b) La reforma del art. 32.5 LEC, que mejora la posición económica del consumidor en la tasación de costas; y

c) La introducción de un límite mínimo en la adjudicación de la vivienda habitual en las subastas hipotecarias (art. 670.3 LEC).

Pasamos a continuación a hacer un examen necesariamente sucinto de estas cuestiones.

3.1. Intento de negociación previa y la reclamación extrajudicial previa en el nuevo sistema de procedibilidad

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, introduce, con carácter general, como requisito de procedibilidad el intento previo de negociación o la utilización de un medio adecuado de solución de controversias (MASC)¹ antes de que se presente la demanda.

¹ El art. 5 de la Ley Orgánica 1/2025, complementado por la modificación del art. 403.2 de la LEC, dispone que, para la admisión de las demandas en los procesos declarativos civiles y mercantiles, será preciso acreditar haber intentado previamente una negociación o un MASC.

La Ley 1/2025 incorpora a la LEC un conjunto de preceptos que adaptan este requisito de procedibilidad al ámbito del consumo.

Este régimen especial se articula en tres disposiciones: la Disposición adicional séptima de la LO 1/2025, de carácter general, y los arts. 439.5 y 439 bis de la LEC, que configuran un procedimiento específico en materia de cláusulas abusivas en préstamos o créditos hipotecarios.

3.1.1. La Disposición adicional séptima: regla general de procedibilidad en litigios de consumo

La Disposición adicional séptima de la LEC establece que, en los litigios donde se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad cuando el consumidor haya formulado una reclamación extrajudicial previa sin obtener respuesta en el plazo legal o recibiendo una respuesta insatisfactoria.

La especialidad limita su ámbito de aplicación a las acciones individuales, por lo que no se aplica a las acciones colectivas.

Las razones de esta especialidad residen en que en el ámbito del consumo la reclamación previa y directa al empresario se concibe como un estándar necesario de la actuación del consumidor. En efecto en los supuestos en los que se acude a medios no judiciales de resolución de controversias se establece esta reclamación previa como requisito para poder dar inicio a modalidades institucionales de negociación. En este sentido el art. 18 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo establece en su apartado 1 que las entidades encargadas de la gestión de estas modalidades podrán adoptar como criterio de inadmisión de las reclamaciones, el hecho de que «el consumidor no se hubiera puesto previamente en contacto con el empresario para tratar de resolver el asunto»².

Este requisito se erige así en presupuesto procesal, cuyo incumplimiento puede determinar la inadmisión de la demanda.

El ámbito de aplicación del requisito es general y abarca todos los procesos declarativos regulados en los Libros II y IV de la LEC, con las excepciones expresamente previstas (tutela de derechos fundamentales, filiación, medidas de apoyo a personas con discapacidad, entre otros).

² En este sentido el art. 32.e apartado F) del Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo. Dispone que el consumidor deberá incluir en su solicitud de arbitraje: «La respuesta del empresario a la reclamación interpuesta ante el mismo o, en caso de no haber sido atendida transcurrido un mes desde su presentación, ¿se aportará acreditación de haber intentado la comunicación con aquel».

A su vez el art. 35 2 c) dispone de forma congruente que la solicitud de arbitraje se inadmitirá «si el consumidor no se hubiera puesto previamente en contacto con el empresario para tratar de resolver el asunto o no acredite haber intentado la comunicación con este».

La redacción de la disposición adicional analizada no impone que el consumidor haga una reclamación previa, por lo que parece que sigue estando en su mano intentar negociar por otra vía o acudir al MASC que le parezca más adecuado, con el fin, cuando menos de conseguir cumplir con el requisito de procedibilidad.

En el contexto de la disposición adicional 7ª, la expresión reclamación previa debería incluir cualquier iniciativa del consumidor por la que contacta al empresario para exponer el vicio, el defecto o la falta de conformidad que presenta el producto o servicio.

Nótese que esta especialidad no es propiamente una excepción al requisito de intentar una negociación porque al reclamar se inicia una interacción entre consumidor y el empresario que en cierto modo es en sí misma un intento de negociación: al reclamar el consumidor pone al empresario en situación de conocer y evaluar la situación, y de tomar posición, ofreciendo, si es el caso, una posible solución al consumidor, ante la cual el consumidor puede aceptar, rechazar o hacer una contrapropuesta. Por lo que, en sentido estricto, esta no sería una excepción al modelo implantado por la LO 1/2025. La reclamación previa es en todo caso el primer paso de la búsqueda de una solución acordada.

El legislador espera del empresario una gestión proactiva de las reclamaciones que le dirija el consumidor. En esta línea el art. 19 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone que el juez impondrá de oficio una indemnización por mora equivalente al interés legal más un 50 por 100 adicional, cuando el empresario no contribuya a una solución acordada y la controversia se refiera a una cláusula idéntica a otra ya declarada abusiva por los tribunales.

En este contexto es relevante tener en cuenta, a su vez, que la negativa injustificada a intentar encontrar una solución acordada podrá ser tenida en cuenta para apreciar la concurrencia de un eventual abuso del sistema público de justicia, y puede tener trascendencia a la hora de efectuar la tasación de la condena en costas, permitiendo moderar el importe o exonerar del pago (art. 245 LEC).

En su segunda parte la Disposición Adicional 7ª dispone que también se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad cuando la persona consumidora haya acudido a medios adecuados de solución de controversias, como los previstos en la Ley 7/2017 que transpone la Directiva 2013/11/UE, o ante organismos supervisores sectoriales (Banco de España, CNMV, Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones).

En este tipo de supuestos, si el consumidor tras haber acudido a estas modalidades de intervención debe presentar la correspondiente demanda ante los tribunales es porque no ha conseguido un resultado

satisfactorio. Algunas de ellas son modos de gestión que se orientan a la consecución de un acuerdo (procedimiento con resultado no vinculante), pero otras como podría ser el arbitraje no (procedimiento con resultado vinculante). En estas circunstancias no parece exigible que el consumidor deba seguir intentando una solución extrajudicial del litigio cuando la que ha intentado no ha dado el resultado esperado.

3.1.2. Los arts. 439.5 y 439 bis LEC: especialidad reforzada en el ámbito hipotecario

El art. 439.5 de la LEC establece que no se admitirán las demandas en las que se reclamen cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de cláusulas abusivas en préstamos o créditos hipotecarios si el consumidor no acompaña un documento que acredite haber formulado una reclamación extrajudicial previa al prestamista. Si se tiene en cuenta la previsión de la Disposición adicional 7ª que hemos analizado en el subapartado anterior, probablemente este apartado 5º resulta redundante. Si bien es cierto que aquel se refiere a las acciones individuales y este no menciona este aspecto.

Por otro lado, el modo imperativo en que está redactado el párrafo parece indicar que la reclamación previa es en estos supuestos la única modalidad con la que el consumidor puede cumplir con el requisito de procedibilidad.

Esta apreciación se refrenda por el hecho de que el art. 439 bis desarrolla un procedimiento extrajudicial reglado para atender esta reclamación que individualiza la actuación que deben llevar a cabo el reclamante y el reclamado. En su virtud, la entidad debe manifestar si admite la abusividad de las cláusulas y, en su caso, calcular la cantidad a devolver con desglose de intereses, en un plazo máximo de un mes.

Se dispone expresamente que si la entidad rechaza la abusividad de la cláusula debe hacerlo razonadamente y que este posicionamiento no se podrá variar o ampliar en el proceso judicial que se siga tras la reclamación previa.

Esta limitación nos inclina a pensar que la probabilidad de que la entidad reclamada tienda a rehusar posicionarse y que prefiera dejar transcurrir el tiempo sin contestar es alta.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido si el reclamado rechaza la reclamación, si transcurre un mes sin que el reclamado se haya dirigido al consumidor, o si transcurre el mismo plazo sin que se haya llegado a un acuerdo.

Este procedimiento extrajudicial tiene carácter gratuito: el empresario no podrá reclamar una compensación económica para atender la

reclamación del consumidor. A su vez, la reclamación y la intervención de profesionales de la abogacía y de la procura en la reclamación previa se computa para calcular la eventual condena en costas. Por último, durante el tiempo en que dura la reclamación previa no podrán ejercerse acciones judiciales.

Alcanzado un acuerdo si no se atiende el pago de lo acordado en el plazo de un mes, lo pactado devengará intereses legales incrementados en ocho puntos y quedará expedita la vía judicial.

En caso de que el acuerdo precise generar una escritura pública o una inscripción registral se limitan los costes económicos de estos ser vicios estableciendo que los derechos arancelarios se calcularan como si se tratara de un documento sin cuantía, o de una inscripción mínima.

Por otro lado, al ser este art. 439 bis una medida concreta de reclamación previa cabe preguntarse en qué medida las previsiones de este precepto relativas a la gratuidad, incompatibilidad con el ejercicio simultáneo de acciones en sede judicial, inclusión, en su caso, de los honorarios de los profesionales que han intervenido en las costas procesales, etc., son también de aplicación para el resto de las reclamaciones previas.

3.2. Tasación de la condena en costas en favor del consumidor demandante (art. 32.5 LEC)

La Ley 1/2025 también ha modificado el art. 32.5 LEC. El precepto regula la inclusión de los honorarios de abogado y procurador en la tasación de costas cuando su intervención no es preceptiva, manteniendo la regla general de exclusión de dichos honorarios, aunque incorporando algunas excepciones. La reforma analizada ha introducido una nueva excepción a la regla general para el caso de que el beneficiario de la condena en costas sea el consumidor que ha presentado la demanda.

En efecto, la Ley 1/2025 mantiene la redacción del anterior apartado 5 del art. 32, pero añade un párrafo adicional³, que extiende la inclusión de los honorarios y derechos devengados por la intervención de los profesionales de la abogacía y de la procura en las costas al supuesto en que el consumidor demandante obtiene la condena en costas a su favor. Y, a su vez, exceptúa este supuesto del límite por estos conceptos de la tercera parte de la cuantía del proceso establecido en el art. 394.3 LEC.

³ «En el caso en el que, pese a no ser preceptiva la intervención de abogado o abogada ni de procurador o procuradora, el consumidor opte por valerse de estos profesionales para interponer demanda tras haber formulado una reclamación extrajudicial previa, en la tasación de costas se incluirá la cuenta del procurador y la minuta del abogado, en este último caso sin el límite establecido en el artículo 394.3».

La modificación busca que el consumidor favorecido por la condena en costas recupere la totalidad de los gastos en que haya incurrido para ejercer la acción. El legislador pretende de este modo mitigar los aspectos del sistema de tasación de costas que podrían disuadirle de reclamar judicialmente.

Esta novedad no altera la sistemática general de las costas, pero incorpora una variante que alinea el derecho procesal español con el principio de efectividad del Derecho de la Unión (art. 7 de la Directiva 93/13/CEE) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Tanto la STS de 17.9.2020 e (ECLI:ES:TS:2020:2838) como la STJUE de 7.4. 2022, *Ibercaja Banco*, (asunto C-385/20 [ECLI:EU:C:2022:273]), refuerzan esta lectura al exigir que los regímenes de costas no disuadan al consumidor de ejercitar sus derechos⁴.

Esta novedad se aplica cuando el proceso sea uno de aquellos en los que la intervención de abogado y procurador no es preceptiva. De acuerdo con los arts. 23.2 y 31.2 LEC, esto ocurre, a los efectos que aquí interesan, en los juicios verbales determinados por razón de la cuantía, cuando esta no excede de 2.000 euros.

Por el contrario, cuando la adecuación del procedimiento se determine por razón de la materia, la intervención profesional es obligatoria, con independencia del valor económico de la pretensión. Por lo que en principio los gastos en los que incurre la parte por valerse de abogado y procurador quedaran incluidos en la condena en costas. A pesar de ello, cabe criticar que la reforma deje fuera de la no sujeción al límite del art. 394 LEC todos estos supuestos. Esto significa que, en las reclamaciones de escaso valor en las que el procedimiento se determina por razón de la materia, el consumidor que obtiene la condena en costas puede no ver satisfecho íntegramente el importe abonado a los profesionales que se han hecho cargo de su defensa. Tal circunstancia genera un agravio comparativo entre consumidores demandantes según el tipo de procedimiento en que actúen. De este modo, la protección

⁴ El TJUE declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión exige que los consumidores no se vean disuadidos de ejercitar sus derechos derivados de la Directiva 93/13 por el riesgo de soportar costes procesales. En particular, los sistemas nacionales de imposición de costas deben aplicarse de forma que no obstaculicen el acceso del consumidor a la justicia, garantizando que quien obtiene la declaración de abusividad de una cláusula pueda recuperar los gastos necesarios para su defensa, salvo en caso de abuso o temeridad manifiesta (§§ 48-50).

No obstante, el Tribunal también recuerda con base en el §25 de la sentencia de 28.7. 2016, *United Video Properties*, (asunto C-57/15, [EU:C:2016:611]), que el Derecho de la Unión no impide que los Estados miembros establezcan tarifas o límites razonables para el reembolso de los honorarios de abogado, siempre que ello no prive al consumidor de una compensación adecuada. En este contexto, el §53 de la sentencia señala que una normativa que fije tarifas a tanto alzado para la recuperación de honorarios puede estar justificada, a condición de que su finalidad sea garantizar el carácter razonable y proporcionado de los gastos reembolsables, teniendo en cuenta factores como el objeto del litigio, la cuantía o el trabajo necesario para la defensa del derecho en cuestión.

económica del consumidor resulta fragmentaria, ya que solo se activa en el ámbito de los juicios verbales por razón de la cuantía.

La novedad introducida por la LO 1/2025 se refiere únicamente al consumidor demandante que obtiene la condena en costas a su favor.

La condición de demandante se desprende de la literalidad del precepto, al referirse a la acción de «interponer la demanda», y se refuerza por la exigencia de que haya formulado una reclamación extrajudicial previa. Por lo que cabe concluir que la reforma busca apuntalar la posición procesal del consumidor que se encuentra en la tesitura de reclamar judicialmente. De todos modos, por razones de coherencia, parece razonable entender que también debería aplicarse al consumidor demandado que formule reconvencción.

El consumidor debe haber obtenido la condena en costas de la contraparte. En efecto, el precepto dispone que «en la tasación de costas se incluirá la cuenta del procurador y la minuta del abogado», lo que presupone la existencia de una condena en costas favorable al consumidor.

Por tanto, el beneficio opera solo cuando el consumidor resulte vencedor en el litigio y el tribunal imponga las costas al empresario o profesional. En el supuesto inverso, si el consumidor es condenado en costas, el segundo párrafo del apartado 5 del art. 32 no resulta aplicable, debiendo regirse el caso por lo previsto en el primer párrafo del mismo precepto. En este caso, solo cabe incluir los honorarios y derechos de abogado y procurador si se aprecia temeridad del consumidor o si el empresario debe litigar desde un domicilio distinto⁵. Lo cual puede suceder si se tiene en cuenta que el fuero de competencia en los supuestos de consumo suele ser el del domicilio del consumidor. En tales supuestos, la determinación del importe se rige por el régimen general del art. 394 LEC, según el cual los derechos de abogado y procurador incluidos en las costas no pueden exceder de la tercera parte de la cuantía del proceso.

El art. 32.5 LEC configura así un beneficio procesal de carácter unidireccional: actúa a favor del consumidor demandante que gana, pero no se proyecta en su contra cuando pierde.

Un aspecto que llama la atención es la rigidez del umbral cuantitativo establecido por el legislador. En efecto, cuando la cuantía de la reclamación supera los 2.000 euros, aunque sea por una diferencia mínima, el procedimiento deja de estar comprendido entre aquellos en los que la intervención de abogado y procurador es facultativa. En tales casos, aun tratándose de un consumidor que actúe en defensa de sus derechos, el párrafo segundo del art. 32.5 LEC no resulta aplicable, por

⁵ En la misma situación se encuentra el consumidor demandado que ve desestimada la demanda que se dirige contra él y obtiene la condena en costas.

lo que el consumidor ya no podrá recuperar la totalidad de los honorarios de su abogado y procurador en la tasación de costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o abuso del servicio público de justicia en la conducta de la parte condenada.

Este resultado genera una evidente discontinuidad normativa: dos reclamaciones prácticamente idénticas pueden recibir un tratamiento económico significativamente distinto en función de una diferencia mínima en la cuantía litigiosa. Así, mientras que en una reclamación de 1.950 euros el consumidor vencedor podrá recuperar íntegramente sus gastos de defensa sin limitación alguna, en otra de 2.050 euros se aplicará el régimen general.

Desde el punto de vista de la política legislativa, esta solución resulta difícil de justificar, ya que no existe una correlación real entre el valor económico del litigio y la necesidad de asistencia profesional, ni menos aún entre esa cuantía y la posición de vulnerabilidad del consumidor. El límite de 2.000 euros responde a un criterio de simplificación procesal, pero produce efectos disfuncionales en términos de igualdad material.

3.3. Límite mínimo del valor de adjudicación en la subasta de la vivienda habitual (art. 670.3 LEC)

Entre las distintas novedades que se introducen en la regulación de las subastas judiciales, destacamos que el último párrafo del art. 670.3 LEC establece un umbral mínimo de adjudicación para los supuestos en que la finca subastada constituye la vivienda habitual del deudor, fijando que el remate no podrá aprobarse por una cantidad inferior al 70 por 100 del valor de subasta, salvo que el ejecutante se adjudique el bien por la cantidad total adeudada, en cuyo caso se admite un límite inferior del 60 por 100.

La finalidad de esta regulación es evitar adjudicaciones desproporcionadas y proteger la vivienda habitual como bien esencial del ejecutado, imponiendo al órgano judicial un control objetivo de proporcionalidad entre el valor real del inmueble y el importe de adjudicación. De este modo, se trata de impedir que el acreedor —frecuentemente una entidad financiera— pueda adquirir el inmueble por precios irrisorios, preservando un mínimo de equilibrio entre el crédito reconocido y el valor del bien hipotecado.

4. UNA NO NOVEDAD DE ÚLTIMA HORA. LA CAÍDA DEL PROYECTO DEL PROCESO ESPECIAL DE ACCIONES COLECTIVAS

La exclusión, en el trámite parlamentario de la Ley Orgánica 1/2025, del proceso especial para el ejercicio de acciones colectivas de cesación y reparación, que figuraba en el informe de la ponencia, constituye un hecho jurídicamente relevante y políticamente significativo. Dicho proceso estaba destinado a incorporar al ordenamiento interno 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.

La supresión de este procedimiento especial en una fase muy avanzada del procedimiento⁶ legislativo deja incompleta la transposición de la Directiva y rompe la coherencia interna del sistema procesal proyectado. La finalidad del texto inicial era dotar de un cauce unitario a las acciones colectivas de cesación y reparación, garantizando su tramitación ágil y homogénea. La eliminación del proceso implica mantener la dispersión normativa existente, con referencias fragmentarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que reduce la claridad y previsibilidad del sistema.

Además, se priva a las entidades legitimadas —asociaciones de consumidores o autoridades competentes— de un instrumento procesal eficaz para la tutela de los intereses colectivos, en contradicción con los objetivos de simplificación y armonización que inspiraban la propuesta inicial.

Desde una perspectiva práctica, la postergación del proceso especial estanca la justicia colectiva en materia de consumo en España. Y la aboca cuando menos temporalmente a seguir teniendo que aplicar técnicas incorporadas a principios de siglo que han acreditado una ineficacia paradigmática. En un contexto caracterizado por reclamaciones masivas de escasa cuantía, la inexistencia de un cauce procesal específico desincentiva la defensa colectiva y refuerza la posición de los operadores económicos frente a los consumidores individuales.

⁶ Paradójicamente el apartado VII de la Exposición de motivos de la LO 1/2025 aún sigue haciendo referencia a la incorporación de esta novedad: «También la transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020 se inspira en el principio de necesidad y eficacia, al cumplir la obligación de transposición con fidelidad al texto de aquella, y con la normativa ya existente sobre este ámbito, introduciendo también mejoras para lograr un procedimiento judicial ágil y efectivo para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios».

Asimismo, se debilita la función preventiva y disuasoria de las acciones colectivas, que representan un instrumento de control de las prácticas ilícitas de mercado. Este estancamiento puede interpretarse como reflejo de una opción política restrictiva, o incluso de la influencia de sectores económicos reticentes a un reforzamiento de la litigación colectiva.

La Directiva (UE) 2020/1828 establecía la obligación de transposición antes del 25 de diciembre de 2022, con entrada en aplicación a partir del 25 de junio de 2023. La exclusión del proceso especial en la Ley Orgánica 1/2025 sitúa a España en una posición de transposición parcial, al carecer de un mecanismo procesal que cumpla con los estándares de accesibilidad, eficacia y coordinación previstos por la norma europea.

Esta situación podría derivar en un procedimiento de infracción por incumplimiento del Derecho de la Unión, conforme a los arts. 258 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. CONCLUSIÓN

La Ley Orgánica 1/2025 culmina la serie de reformas planteadas en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. En el ámbito de las reclamaciones de consumo que se sustancian ante los tribunales, las iniciativas del legislador, aunque bien orientadas e innovadoras en algunos aspectos por que refuerzan la posición procesal del consumidor demandante también pueden calificarse de reactivas y fragmentarias.

Son reactivas porque la mayoría de las modificaciones se han promovido como respuesta a las iniciativas y resoluciones dictadas en el ámbito de la Unión Europea. Ello pone de manifiesto la ausencia, en el ordenamiento procesal español, de un proyecto sistemático y propio destinado a regular de manera coherente la posición procesal del consumidor —y especialmente la del consumidor demandante— dentro del proceso civil.

También merecen tal calificación porque existe una correlación inmediata entre las reformas introducidas y los problemas concretos detectados en la práctica judicial. Se trata, en definitiva, de respuestas legislativas que surgen al compás de la experiencia jurisdiccional. Lo cual provoca que algunas de las innovaciones tengan un ámbito de vigencia excesivamente limitado.

Por último, son fragmentarias porque las modificaciones aprobadas carecen de una vocación de generalidad: se limitan a abordar aspectos parciales del problema sin configurar un régimen completo de tutela procesal del consumidor. El resultado es un marco normativo que

avanza en la buena dirección, pero que sigue mostrando carencias estructurales en la protección efectiva de los consumidores ante los tribunales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *El nuevo procedimiento testigo y extensión de efectos*, S. CALAZA LÓPEZ y M. DE PRADA RODRÍGUEZ (coord.), Madrid, 2024, Ed. La Ley 521 pág.
- AGUILERA MORALES, M., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020 (472/2020). Las costas en los litigios sobre préstamos hipotecarios en divisa cuando existen serias dudas de derecho», *Comentarios a la sentencia de unificación de Doctrina (Civil y mercantil)* 2020, núm. 12, Ed. BOE y Dykinson, p., 93-106.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», en *Revista general de Derecho Procesal*, núm. 66, mayo de 2025.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Notas sobre los llamados pleitos «testigo» y su encaje en la ley de enjuiciamiento civil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2020
- GUTIÉRREZ, MOLINA, L., «La reclamación extrajudicial previa en las acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios»; en S. CALAZA LÓPEZ, V. LÓPEZ YAGÜES, I. ORDENÑAZA GEZURAGA (Dir.) *Medios adecuados de solución de controversias. eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*. Madrid, La ley, 2023, pp. 1053-1100.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Reglas, excepciones y pronunciamiento sobre costas*, Colección 20 años LEC 2000, La Ley, Madrid, 2019.
- PÉREZ MARÍN, M.^a Á., «La protección de los derechos de los consumidores a través del pleito testigo o la ilusión del legislador». En *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, mayo 2023.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Los MASC como requisito de procedibilidad: naturaleza jurídica y su posible subsanación», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 2025, p. 179-210.
- SHUMAN BARRAGÁN, G., «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», J. BANACLOCHE PALAO, y F. GASCÓN INCHAUSTI (Dir.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto -Ley 6/2023*, Madrid, 2024, Ed. La Ley, pp. 259-302.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., *El juicio verbal tras su reforma por la Ley orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia*, Ed. Atelier, Barcelona, 2025.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 385-408

DOI: 10.37417/VSECC/14

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONSUMO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO CIVIL *

Marina CEDEÑO HERNÁN

*Profesora Titular de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid.*

Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional

SUMARIO: 1. LA LABOR PRETORIANA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA TUTELA PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES.—2. EL INCREMENTO DE LOS PODERES DE DIRECCIÓN DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES FRENTE A CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO CIVIL: 2.1. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas en la primera instancia; 2.2. El control de oficio de cláusulas abusivas en la segunda instancia; 2.3. La prueba de oficio; 2.4. La adopción de medidas cautelares de oficio.— 3. EL AUMENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES CUANDO NO ESTÁN EN JUEGO CLÁUSULAS ABUSIVAS: UN ERROR Y UNA RECTIFICACIÓN DEL TJUE—. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto Nacional I+D «Eficiencia y acceso a la Justicia civil en tiempos de austeridad» (Ref. PID2021-122647NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. LA LABOR PRETORIANA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA TUTELA PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES

La protección de los consumidores constituye un objetivo esencial en la Unión Europea y un elemento fundamental para el buen funcionamiento del mercado interior¹. Con el fin de conseguir este anhelado propósito, el legislador europeo ha promulgado una normativa especialmente tuitiva de los consumidores.

Esta normativa y la creciente sensibilidad social en materia de consumo ha tenido una clara consecuencia: un incremento exponencial, en los últimos años, del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales nacionales relacionadas con la compatibilidad entre las normas procesales o sustantivas internas y la protección que el Derecho de la Unión Europea brinda a los consumidores. Por esta vía, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea están incidiendo de forma directa en la configuración de los sistemas procesales civiles de los Estados miembros y en los principios fundamentales en que estos se inspiran.

Una especial relevancia tiene a estos efectos la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta Directiva no solo ha obligado a los tribunales nacionales a modificar doctrinas o interpretaciones de las normas nacionales, sino que también ha impulsado al legislador patrio a llevar a cabo reformas parciales —y, con demasiada frecuencia, incompletas o deficientes— de la legislación procesal cada vez que desde Luxemburgo se proclamaba que una norma nacional no era compatible con la protección que merecen los consumidores conforme al Derecho europeo.

La Directiva 93/13/CEE y el resto de la normativa europea en materia de consumo tienen un elemento común: se centran en el aspecto sustantivo de la protección del consumidor, pero no profundizan en el aspecto procesal. La prioridad por legislar en clave sustantiva y soslayar la dimensión procesal, pese a la asimetría en las legislaciones procesales internas, conduce a asumir que sean los Estados miembros quienes articulen la protección de los derechos reconocidos a los justiciables conforme a sus respectivos ordenamientos procesales internos². Por tanto, los derechos que la legislación europea reconoce a los ciudadanos de la Unión han de ser objeto de una interpretación homogénea, pero para tu-

¹ Arts. 4, 114.3 y 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

² En este sentido, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto *ML c. Aktiva Finants OÜ* (C 433/18).

tellarlos se someten a diferentes sistemas procesales. Este planteamiento lleva a proclamar, en principio, la autonomía procesal de los Estados.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido muy consciente de la trascendencia de la dimensión procesal para lograr la plena garantía de los derechos reconocidos en el ordenamiento de la Unión, especialmente en materia de consumo. Por ese motivo, la jurisprudencia europea ha trascendido del ámbito sustantivo para adentrarse también en el procesal y, de una manera casi pretoriana, está construyendo una especie de corpus normativo autónomo, que para los operadores jurídicos es tan vinculante como las normas emanadas del poder legislativo europeo³. Esta fuerza vinculante se ha reconocido expresamente en el ordenamiento español, donde la Ley Orgánica 7/2015 de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial introdujo un nuevo artículo 4 bis, en el que se proclama la obligación de los jueces nacionales de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En definitiva, la inexistencia de normas a nivel europeo que regulen la forma de hacer valer dentro de un proceso los derechos reconocidos a los consumidores en las directivas se trata de subsanar por el Tribunal de Luxemburgo. Los instrumentos de que se ha servido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para alcanzar este objetivo son fundamentalmente tres. El primero es el orden público comunitario, en el que se ha incluido parte de la normativa europea en materia de consumo. El segundo es el principio de efectividad y, en íntima conexión con este, el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. EL INCREMENTO DE LOS PODERES DE DIRECCIÓN DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES FRENTE A CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO CIVIL

Los efectos derivados del principio de efectividad, unido al derecho a la tutela judicial efectiva y a la inclusión dentro del orden público comunitario de parte de la normativa en materia de consumo, se pueden

³ A este respecto, F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 106. En la misma línea, F. MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la Ley», en *Revista de derecho político*, núm. 99, 2017, pp. 399-431 y C. FIDALGO GALLARDO, «El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a las instituciones de la Unión Europea. El TJUE como estrella emergente en el firmamento de la Unión», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, 2016, en www.iustel.com.

manifestar de diversas formas. La primera es la interpretación conforme de las normas internas que implica elegir entre las varias interpretaciones posibles la más respetuosa con el Derecho de la Unión. La segunda es la inaplicación de aquellas normas procesales internas —o jurisprudencia nacional— que no resulten compatibles con los derechos reconocidos por el legislador europeo. La última es 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 europea.

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas es especialmente tuitiva con los consumidores por considerarlos la parte más débil de la relación contractual⁴. El fundamento de buena parte de esta regulación es la situación de inferioridad del consumidor respecto del empresario o profesional, tanto en la información previa como en la capacidad de negociación, lo cual lleva a este, en muchos casos, a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido. Este escenario de desequilibrio solo puede compensarse, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, mediante una intervención positiva de un tercero, ajeno a las partes del contrato. O, con otros términos, el refuerzo en los poderes de dirección del juez sería el contrapeso necesario para alcanzar dentro del proceso el equilibrio que no se ha podido lograr fuera del proceso⁵.

Esta jurisprudencia ha sido el motor de buena parte de las reformas parciales que se han llevado a cabo en la LEC en los últimos tiempos. Este camino de las reformas se inició con el proceso de ejecución hipotecaria a raíz de la conocida Sentencia de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto AZIZ (C-415/11), en la que el Tribunal de Luxemburgo estimó que el proceso de ejecución hipotecaria no era compatible con el Derecho de la Unión al no permitir el control, ni de oficio ni a instancia de parte, de las cláusulas abusivas. Esto motivó la reforma de la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que sirvió para incluir ese control de oficio y a instancia de parte de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria. La reacción del legislador nacional fue tan rápida como poco meditada y, por ello, no impidió posteriores cuestiones prejudiciales seguidas, en algunos casos, de nuevas reformas parciales del mismo

⁴ El art. 2, apartado b, de la Directiva 93/13, considera consumidor a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

⁵ Como simples botones de muestra pueden verse las Sentencias de 27 de junio de 2000, asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98), apartado 25; de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C-168/05), apartado 25; de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08), apartado 29 y de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito (C-618/10), apartado 39.

procedimiento. Esta misma senda de las reformas parciales se siguió después en el proceso general de ejecución de títulos extrajudiciales, en el proceso monitorio o en el conocido como proceso de «jura de cuentas» a través del cual abogados y procuradores pueden reclamar los honorarios devengados en un proceso y no abonados⁶.

Sin embargo, el efecto de la jurisprudencia sobre el ordenamiento interno no se ha limitado a ser el origen de reformas parciales, especialmente en el proceso de ejecución o en el monitorio, sino que se ha extendido a ámbitos que han quedado al margen de las reformas legislativas. Esta consecuencia se ve de manera particular en los procesos declarativos. Una gran cantidad de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumo son de aplicación directa al proceso declarativo y, sin embargo, el legislador español, en la mayoría de los casos, no ha considerado oportuno llevar a cabo reforma alguna de la legislación procesal. Una de las pocas reformas legislativas que sí afectan de forma directa al proceso declarativo no está pensada tanto para proteger al consumidor como para intentar que este no acuda a la vía judicial. Me refiero, en concreto, a la exigencia, impuesta por la LO 1/2025, de intentar una solución autocompositiva del conflicto con carácter previo a la vía judicial como requisito de procedibilidad⁷.

Con o sin reflejo expreso en la legislación procesal, la jurisprudencia europea sigue siendo vinculante para los operadores jurídicos nacionales cuando de la aplicación del Derecho de la Unión Europea se trata y, por tanto, han de tenerla en cuenta en el desarrollo de un proceso en el que esté en juego la tutela de un consumidor. Sin embargo, la falta de reflejo legislativo puede lesionar la seguridad jurídica en la medida en que pueden producirse desigualdades en la aplicación de esa jurisprudencia vinculante, pues no todos los jueces llamados a aplicarla tienen el mismo conocimiento del Derecho de la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Luxemburgo.

El TJUE ha considerado que los jueces nacionales deben adoptar un papel activo con el fin de compensar dentro del proceso el desequilibrio

⁶ Estas reformas parciales se han llevado a cabo a través de la Ley 42/2015, de 5 de octubre; el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo; o la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

⁷ En este sentido, el art. 439.5 de la LEC, en la redacción dada por la LO 1/2025, dispone: «No se admitirán las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuando no se acompañe a la demanda documento que justifique haber practicado el consumidor una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor».

en perjuicio del consumidor que se ha producido fuera del proceso. Esta premisa se ha de respetar con independencia de los condicionamientos que pudieran existir en la legislación procesal interna en cuanto a los poderes de actuación de oficio del juez dentro del proceso. Este criterio lleva a un replanteamiento de la distribución de roles entre el juez y las partes dentro del proceso civil y también a una revisión de los principios o criterios básicos que tradicionalmente rigen el proceso civil, como son el principio dispositivo, el de aportación de parte, la congruencia o, incluso, la cosa juzgada⁸.

Las principales manifestaciones de este nuevo rol que se atribuye al juez en el proceso civil cuando están en juego los derechos de los consumidores son la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, la práctica de prueba de oficio y la adopción de oficio de medidas cautelares.

2.1. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas en la primera instancia

El proceso civil de declaración, regido por el principio dispositivo o de justicia rogada, tiene por objeto la acción o acciones afirmadas por el demandante en su demanda o por el demandado en su reconvencción. Además, también completan el objeto del proceso las concretas defensas o excepciones que aduce el demandado con el fin de lograr la desestimación de la demanda⁹. Si concurren los presupuestos procesales, el juez deberá resolver en su sentencia sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, sin que pueda acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer¹⁰. En caso de que la sentencia se pronuncie sobre lo que las partes no han pedido incurrirá en un vicio de incongruencia.

Esta configuración del proceso civil sujeto a las exigencias del principio de justicia rogada con un juez equidistante ante la contienda entre dos partes no es compatible con las exigencias de la jurisprudencia europea en materia de consumo. La adecuada protección del consumidor

⁸ Un estudio más exhaustivo sobre el tema puede ver en M. CEDEÑO HERNÁN, *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2023.

⁹ El art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

¹⁰ El art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afirma: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

exige, conforme a una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que los jueces nacionales controlen de oficio las cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre un empresario o profesional y un consumidor. El juez nacional, por tanto, deberá analizar el carácter abusivo de una de esas cláusulas sin necesidad de que los litigantes lo hayan alegado y, en su caso, declarará la nulidad, pese a que las partes no lo hayan pedido. De este modo se produce una ampliación del objeto del proceso y del ámbito al que se extenderá la sentencia. La consecuencia que de ello se deriva es la alteración del juego del principio dispositivo y del deber de congruencia, que exigirían al juez limitarse a decidir sobre lo pedido por las partes en sus alegaciones y conforme a las causas de pedir que las partes hubieran querido hacer valer para justificar sus pretensiones o defensas¹¹.

En un primer momento, el Tribunal de Luxemburgo se refirió a la facultad judicial de apreciar de oficio las cláusulas abusivas¹². Sin embargo, pronto la jurisprudencia europea evolucionó de esa facultad a un auténtico deber judicial de controlar de oficio las cláusulas que causen un desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor¹³.

Es interesante subrayar que el Tribunal de Justicia no considera que la asistencia letrada al consumidor deba servir de elemento modulador de la extensión de los poderes de dirección del juez nacional en el proceso civil. No se considera, por tanto, que la situación de inferioridad previa del consumidor con respecto al empresario o profesional, que justifica la extensión de los poderes del juez nacional, quede subsanada por la asistencia de un técnico en Derecho durante la sustanciación del proceso. Es más, en alguna ocasión el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado que la exigencia de actuar con abogado en litigios cuya cuantía a menudo es escasa puede ser un elemento disuasorio para que el consumidor defienda sus intereses en un proceso¹⁴.

El control de oficio debe llevarse a cabo por el juez tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello

¹¹ Véase I. SANCHO GARGALLO, «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº 5, 2012-2014, p. 387 e I. TAPIA FERNÁNDEZ, «La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas», en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 17, 2016, pp. 125 y 126.

¹² STJCE de 27 de junio de 2000, asunto Oceano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98).

¹³ Así sucede a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C-168/05).

¹⁴ SSTJUE de 27 de junio de 2000, asunto Oceano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98), apartado 26, y de 4 de octubre de 2007, asunto Rampion y Godard (C-429/05), apartado 61. En la misma línea, consideran irrelevante a la defensa letrada a efectos de aplicar los poderes de actuación de oficio del juez, las SSTJUE de 4 de junio de 2015, asunto Faber (C-497/13) o de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17).

y solo puede limitarse en caso de oposición del propio consumidor¹⁵. El Tribunal de Justicia mantiene que el derecho a la protección efectiva del consumidor incluye la facultad de este de renunciar a hacer valer sus derechos. En consecuencia, el consumidor, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, puede expresar su consentimiento libre e informado por el que renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de la cláusula. El consumidor solo podrá prestar este consentimiento si el juez nacional indica a las partes, «en el marco de las normas procesales nacionales y a la luz del principio de equidad en los procedimientos civiles, de manera objetiva y exhaustiva las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la supresión de la cláusula abusiva, con independencia de que estén asistidas por un representante procesal profesional o no»¹⁶.

En todo caso, el deber de apreciar de oficio las cláusulas abusivas no puede hacerse al margen de los principios o garantías básicas del proceso. En este sentido, la STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto *Banif Plus Bank* (C-472/11), afirma que el juez nacional debe respetar las exigencias derivadas de «una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» y, entre esas exigencias, figuran el principio de contradicción y el derecho de defensa. En consecuencia, si el juez aprecia de oficio la existencia de una cláusula abusiva debe, como regla general, informar a las partes e instarlas a un debate contradictorio en la forma prevista por las normas procesales nacionales¹⁷.

2.2. El control de oficio de cláusulas abusivas en la segunda instancia

Una cuestión especialmente problemática es si el deber judicial de controlar las cláusulas abusivas se extiende a la segunda instancia en el caso de que el recurrente no lo haya solicitado al interponer el recurso. A este respecto deben tenerse en cuenta las importantes limitaciones impuestas por la legislación procesal. El art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el tribunal que resuelve el recurso de apelación debe pronunciarse «exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación» y que «la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado». Se consagra, por

¹⁵ STJUE de 4 de junio de 2009, asunto *Pannon* (C-243/08).

¹⁶ STJUE de 29 de abril de 2021, asunto *L. W.*, (C-19/20).

¹⁷ Con similares términos, STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse y Man Garabito* (C-488/11).

tanto, un estricto deber de congruencia con las peticiones de las partes en el recurso, así como la prohibición de *reformatio in peius*.

La jurisprudencia europea sobre esta cuestión ha evolucionado desde un planteamiento más respetuoso con la autonomía procesal de los Estados hasta una postura más radical que prescinde de los condicionamientos derivados de las legislaciones nacionales.

En un primer momento, el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre la extensión del control de oficio de las cláusulas abusivas en la segunda instancia en dos sentencias, dictadas en la misma fecha: la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Asbeek Brusse y Man Garabito (C-488/11) y la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Jörös (C-397/11). Los órganos jurisdiccionales proponentes de las cuestiones prejudiciales plantean, entre otras cosas, la duda de si la Directiva 93/13/CEE obliga al tribunal nacional a apreciar de oficio, en segunda instancia, el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando esto no se ha planteado en la primera instancia, ni se ha solicitado en el recurso o si, por el contrario, el tribunal debe atenerse a las normas nacionales que le imponen resolver conforme a los motivos aducidos por las partes y decidir conforme a lo pedido por estas.

El TJUE estima, en un primer momento, que el tribunal nacional estará obligado a apreciar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva en segunda instancia, siempre que, *conforme a las normas procesales internas, esté obligado a «examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público»*. Por tanto, si las normas procesales internas atribuyen al tribunal nacional la potestad de anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma imperativa, esa misma consecuencia deberá aplicarse a las cláusulas que resulten abusivas conforme a la Directiva 93/13/CEE.

De las Sentencias Asbeek Brusse, Man Garabito y Jörös no se puede inferir que todos los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre la segunda instancia en todos los Estados de la Unión estén obligados a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Se trata, por el contrario, de una cuestión que ha de resolverse conforme a lo dispuesto en el ordenamiento interno de cada Estado miembro. Hay, por tanto, una remisión a la autonomía procesal de los Estados.

Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo no aclaró si la equivalencia con el ordenamiento interno se refiere al control de cualquier acto jurídico en relación con las reglas de orden público o si, por el contrario, se refiere al control de oficio de las propias cláusulas contractuales¹⁸. Esta laguna tuvo como consecuencia, en el caso de España, dos inter-

¹⁸ En este sentido, M. AGUILERA MORALES, «El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE», en *Diario La Ley*, núm. 9378, Sección Doctrina, 15 de marzo de 2019.

pretaciones radicalmente opuestas. Una primera interpretación, más extensiva, que asimiló las cláusulas abusivas a los presupuestos procesales apreciables de oficio en segunda instancia por estar integrados en el orden público procesal y, por tanto, consideró que «el tribunal del recurso tiene la potestad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, aunque este extremo no se haya analizado en primera instancia y aun cuando se haya silenciado en la formulación de la pretensión impugnatoria»¹⁹. Otra interpretación, más restrictiva, que no consideraba procedente tal equiparación y que, en consecuencia, se decantaba por aplicar las normas nacionales que imponen al tribunal de apelación atenerse a los motivos aducidos por las partes en el recurso²⁰.

Estas dudas interpretativas se despejaron en la STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto Unicaja (C-869/19), que marca un hito importante en lo que se refiere a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas en sede de recurso²¹.

El planteamiento de la cuestión prejudicial que dio origen a esta Sentencia se enmarca en un proceso iniciado por un consumidor contra una entidad bancaria, que le había concedido un préstamo con garantía hipotecaria, en el que solicitó la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato y la restitución de las cantidades indebidamente percibidas. El Juzgado de Primera Instancia declaró abusiva la cláusula suelo y condenó a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, pero limitó en el tiempo los efectos restitutorios con arreglo a la STS 241/2013, de 9 de mayo²².

¹⁹ J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea», en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 229.

²⁰ C. SENÉS MOTILLA, «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Dir. Núñez Iglesias), Granada, 2014, pp. 156 y 157.

²¹ Se han pronunciado sobre este tema, entre otros, J. M. MARTÍN FUSTER, «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*, núm. 53, 2021, p. 30; J. DAMIÁN MORENO, «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», en *Diario La Ley*, núm. 10174, Sección Tribunales, 21 de noviembre de 2022; A. J., TAPIA HERMIDA, «Efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios. Sentencias del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2022, asuntos C-600/19: Ibercaja Banco, C-869/19: Unicaja banco y otros asuntos acumulados (LA LEY 71506/2022)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 105, Julio/ 2022 y J. M. 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)», *Actualidad Civil*, núm. 7/2022.

²² En esta Sentencia, el Tribunal Supremo manifestó que la declaración de nulidad de la cláusula suelo no tenía efectos retroactivos y, por tanto, no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación.

La entidad bancaria interpuso recurso de apelación porque se le había condenado al pago de la totalidad de las costas del proceso. Una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación, pero antes de que la Audiencia Provincial decidiera, se dictó las STJUE 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que consideró contraria al Derecho de la Unión la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo.

La Audiencia Provincial ante la que estaba pendiente el recurso de apelación no acordó la restitución plena de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo porque el consumidor no había recurrido la sentencia de primera instancia y, por tanto, el deber de congruencia y la prohibición de *reformatio in peius*, previstos en la legislación española, le impedían modificar los pronunciamientos no recurridos, que tenían eficacia de cosa juzgada.

El consumidor interpuso recurso de casación en el que alegaba que el tribunal de apelación debió acordar de oficio la restitución íntegra de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de la cláusula suelo, tal y como exige la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo (C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de los principios de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de *reformatio in peius* y también de la eficacia de cosa juzgada, establecidos en el Derecho nacional, con el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. Decide, por ello, suspender el proceso y plantear al Tribunal de Luxemburgo si un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la entidad bancaria, y no por el consumidor, debe acordar, pese a tales principios, la restitución íntegra de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva.

El Tribunal de Justicia analiza el problema planteado tanto desde la perspectiva del principio de equivalencia como del principio de efectividad. El primer enfoque no supone ninguna novedad respecto de las Sentencias Asbeek Brusse, Man Garabito y Jörös. El Tribunal de Luxemburgo reitera que cuando, en virtud del Derecho interno, el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado u obligado a apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico a la luz de las normas nacionales de orden público, también debe estar obligado a apreciar de oficio la legalidad de tal acto desde el punto de vista de la referida disposición de la Directiva 93/13/CEE, aun cuando la cuestión de la legalidad de dicho acto a la luz de esas normas no se haya planteado en primera instancia. Por tanto, el problema se centra, en este caso, en la interpretación del Derecho nacional que, en este punto, no resulta del todo clara.

No se ha añadido hasta aquí nada nuevo respecto de lo que ya había dicho antes el propio Tribunal. Sin embargo, la novedad viene cuando el problema se analiza a la luz del principio de efectividad y del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia afirma que las condiciones establecidas por los derechos nacionales no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho de los consumidores a no quedar vinculados por cláusulas abusivas.

El máximo intérprete del Derecho de la Unión afirma que en el asunto en cuestión no puede presumirse una pasividad total del consumidor por el hecho de que no haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Esto puede imputarse a que cuando se dictó la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo, ya había transcurrido el plazo en el que se podría interponer recurso de apelación o adherirse a la apelación según el Derecho nacional. En tales circunstancias, la aplicación de los principios procesales nacionales tiene como efecto privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13/CEE y, en consecuencia, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad²³.

Sin duda la Sentencia Unicaja tiene una enorme relevancia. Si nos centramos exclusivamente en el principio de equivalencia habría que concluir que solo se deben exceptuar las reglas básicas del proceso, como la prohibición de *reformatio in peius*, cuando eso mismo se haga en aplicación normas internas de orden público. Sin embargo, si damos un paso más y nos basamos en el principio de efectividad, la excepción a esa regla, u otras similares, será necesaria siempre que su aplicación constituya un obstáculo para garantizar el derecho de los consumidores a no verse afectado por cláusulas abusivas conforme a la Directiva 93/13/CEE.

Por tanto, al menos en los casos en que el consumidor no muestra una pasividad total, los principios procesales sobre los que se construye el proceso civil deben ceder si fuera necesario para proteger al consumidor frente a cláusulas abusivas o cuando hacen imposible o muy difícil la protección del consumidor. Habrá que esperar para

²³ En concreto, el TJUE proclama que «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».

ver si esta misma doctrina se acaba extendiendo a casos en los que el consumidor sí muestra una pasividad total como, por ejemplo, cuando está en rebeldía.

2.3. La prueba de oficio

En el sistema procesal civil español son las partes, con carácter general, quienes han de tomar la iniciativa probatoria y desplegar los esfuerzos necesarios para establecer la certeza de los hechos en que se basan sus pretensiones o defensas. En este sentido, el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «*principio de justicia rogada*», dispone que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, *excepto cuando la ley disponga otra cosa*». Más concretamente, el art. 282 de la misma Ley, bajo la rúbrica «*iniciativa de la actividad probatoria*», consagra el principio de aportación de parte en cuya virtud, como regla general, las pruebas se practicarán a instancia de parte, si bien como excepción, «el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

Ahora bien, como afirma Calamandrei, «mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba»²⁴. Por tanto, la naturaleza privada de los derechos o intereses en juego no resulta incompatible con el reconocimiento de un papel activo del juez en orden a la fijación de los hechos relevantes en el proceso.

En materia de consumo, el TJUE se ha manifestado a favor de que el poder de dirección del juez en el proceso civil se extienda al ámbito de la prueba. El punto de partida lo marca la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, asunto Pénzügyi Lízing Zrt. (C-137/08). El órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de si el tribunal nacional debe acordar de oficio la práctica de prueba, con el fin de determinar los elementos de hecho necesarios para la apreciación de una cláusula abusiva conforme a la Directiva 93/13/CEE, pese a que la normativa procesal nacional prevea que las pruebas solo pueden practicarse a instancia de parte.

²⁴ P. CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, vol. I (Trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 406 y 407.

El Tribunal de Justicia afirma que, en el marco de las funciones que corresponden al juez en virtud de la Directiva 93/13/CEE, este debe hacer una doble comprobación. En primer lugar, el juez debe examinar si una cláusula que es objeto del proceso está o no comprendida en el ámbito de la Directiva. Debe, por tanto, determinar si la cláusula ha sido objeto de negociación individual o si, por el contrario, ha sido impuesta por el empresario al consumidor. Si la cláusula no ha sido negociada individualmente y, por tanto, entra en el ámbito de la Directiva, se abre una segunda fase en la que el juez debe analizar si la cláusula es o no abusiva, es decir, si causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Con el fin de satisfacer este doble control, el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba si fuera necesario, con independencia de lo que establezca el ordenamiento interno.

La contundencia con la que el Tribunal de Justicia proclama la obligación del juez nacional de acordar la práctica de pruebas de oficio si fuera necesaria para aclarar si una cláusula contractual impuesta por el empresario es abusiva contrasta con la opinión que había manifestado la Abogada General, Sra. Verica Trstenjak. En sus Conclusiones, presentadas el 6 de julio de 2010, la Abogada General manifestó que «del Derecho comunitario no se infiere ninguna disposición que obligue al juez nacional a acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de recabar los elementos de hecho y de derecho necesarios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, si estos no se encuentran disponibles». Es el Derecho nacional el que, en su opinión, debe determinar estas facultades del juez y, añade, que en los procesos civiles regidos por el principio dispositivo corresponde a las partes la alegación de los hechos relevantes, así como la proposición de las pruebas.

El Tribunal de Luxemburgo se decanta, pues, por la postura más tuitiva con el consumidor. Esta misma doctrina se mantiene en posteriores decisiones y se extiende a casos en que el consumidor es el demandante²⁵ o a otro tipo de procesos como el monitorio²⁶ o el juicio cambiario²⁷.

Una mención especial merece la STJUE de 4 de junio de 2020, asunto Kancelaria Medius (C-495/19), en la que se plantea si la situación de rebeldía del consumidor puede suponer un límite a los poderes de direc-

²⁵ Cfr. SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11), apartado 47, y de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17), apartados 36 y 37.

²⁶ Cfr. STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito (C-618/10), apartado 44.

²⁷ Cfr. STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos Profi Credit Polska (C-419/18 y C-483/18), apartados 66 a 68, en la que se afirma que «en ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato de que se trate, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos por la Directiva 93/13».

ción del juez en el proceso. El tribunal polaco remitente de la cuestión prejudicial pregunta si el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE se opone a la interpretación de una disposición nacional que impide al juez, en caso de rebeldía del consumidor demandado, adoptar de oficio diligencias de prueba cuando sean necesarias para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas en las que el empresario fundó su demanda.

En la Sentencia Kancelaria Medius, el Tribunal de Justicia afirma que, si el juez nacional no dispone de los elementos de hecho y de derecho necesarios para valorar el posible carácter abusivo de una cláusula, debe tener la posibilidad de adoptar de oficio las diligencias de prueba necesarias, incluso en el caso de incomparecencia del deudor. Esta postura no choca con el principio dispositivo, ni con el «principio *ne ultra petita*» porque no se trata de sobrepasar los límites del objeto del proceso fijados en las pretensiones de las partes, sino de examinar las cláusulas en las que el profesional demandante ha basado su demanda y que constituyen el objeto del proceso. Por tanto, el juez nacional ha de poder exigir al demandante que aporte el contenido del documento o documentos en que se basa su demanda, «dado que esa petición constituye sencillamente una parte de la etapa probatoria del proceso».

Con estas premisas, corresponde al juez nacional verificar si es posible hacer una interpretación conforme de la norma nacional cuestionada o si, en caso contrario, debe inaplicar esa norma, así como la jurisprudencia nacional que se oponga a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es meridianamente clara, por tanto, en lo relativo a que el juez nacional no puede ser un mero espectador en materia probatoria, sino que tiene facultades directivas en orden a la fijación de la certeza de los hechos de los que dependa la inclusión de una cláusula en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, así como su posible carácter abusivo²⁸.

Ahora bien, este planteamiento suscita la duda de si existe algún límite en la práctica de la prueba de oficio, es decir, si el juez puede ordenar la práctica de cualquier tipo de prueba o solo de aquellas que se refieran a fuentes de prueba que consten en las actuaciones.

²⁸ Como señalan G. ORMAZABAL SÁNCHEZ y R. M. MÉNDEZ TOMÁS, «Los poderes probatorios del juez civil en materia de consumo a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en *La Ley Probática*, núm. 5, 2021, p. 6, «...el reforzamiento de las facultades judiciales para actuar *ex officio* y, concretamente, las ahora referidas en materia probatoria, parecen sustentarse en la consideración de que debe existir un vínculo o relación directa entre el carácter imperativo del Derecho sustantivo aplicable al fondo de la controversia y las facultades del juez para actuar *motu proprio* en el acopio del material probatorio para esclarecer los hechos». Sobre la misma cuestión, G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El incremento de los poderes probatorios del Juez en la jurisprudencia europea y su repercusión el ordenamiento procesal español», en *Logros y retos de la justicia civil en España* / coord. por Guillermo Schumann Barragán; Fernando Jiménez Conde (dir.), Julio Banacloche Palao (dir.), Fernando Gascón Inchausti (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 157- 166.

El Tribunal de Luxemburgo no se ha manifestado de una manera explícita y contundente sobre los límites a la práctica de prueba de oficio. Sin embargo, un análisis de cada uno de los casos en los que el Tribunal de Justicia ha proclamado el deber judicial de ordenar la práctica de prueba en defensa de los consumidores muestra que sí hay límites y que, en efecto, las fuentes de prueba han de constar en el proceso. Con carácter general, las pruebas a las que hace referencia la jurisprudencia europea cuando proclama la extensión de las facultades directivas del juez al ámbito probatorio son pruebas documentales, como el contrato celebrado entre el empresario y el consumidor o, en su caso, los documentos acreditativos de la negociación individual de la cláusula para constatar si esta entra o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE²⁹.

Estas limitaciones se reflejan con claridad en las Conclusiones del Abogado General, Evgeni Tanchev, presentadas el día 19 de diciembre de 2019, a las que se remite la STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17). En ellas se pone de manifiesto que el medio adecuado para garantizar el sistema de protección de los consumidores establecido en la Directiva 93/13/CEE es habilitar al juez nacional para que acuerde diligencias de prueba de oficio, como, por ejemplo, «solicitar a las partes litigantes que aclaren algunas cuestiones o aporten las pruebas documentales pertinentes, con el objeto de formarse una opinión sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual». Sin embargo, el Abogado General no considera que haya argumentos para apoyar la necesidad de que el tribunal nacional esté obligado a acordar de oficio «medidas de instrucción» más amplias. Entre esas medidas se mencionan «la obtención de pruebas por parte de los tribunales a través del interrogatorio de testigos de oficio, el requerimiento de oficio a terceros para que aporten pruebas, el interrogatorio de peritos de oficio, o las vistas de oficio». Esta posibilidad se deja a la autonomía del Derecho procesal nacional³⁰.

Con esa mención a las «medidas de instrucción» puede estar haciendo referencia a la búsqueda de fuentes de prueba distintas de las que aparezcan en las actuaciones. Esta última posibilidad requeriría una labor de instrucción o investigación que choca con la general configuración del proceso civil en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea.

La conclusión que se puede extraer de la jurisprudencia europea es que el poder de dirección del juez en el proceso civil se extiende al ámbito de la prueba, pero no implica que el juez civil se convierta en instructor y salga del proceso para buscar nuevas fuentes de prueba.

²⁹ Así se puede ver, entre otras, en la STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos Profi Credit Polska (C-419/18 y C-483/18), o en la STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17).

³⁰ Cfr. apartados 54 a 64 de las mencionadas Conclusiones.

2.4. La adopción de medidas cautelares de oficio

En muchos casos, las medidas cautelares resultan esenciales para garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en un proceso declarativo. El art. 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parte de la premisa de que será el demandante quien, bajo su responsabilidad, podrá instar la tutela cautelar y su adopción se condiciona a la previa prestación de caución. Por tanto, en el ordenamiento español, no se admitía tradicionalmente que el tribunal acordase de oficio medida cautelar alguna, salvo lo dispuesto con carácter excepcional para algunos procesos especiales.

Sin embargo, se planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la adopción de oficio de medidas cautelares resulta necesaria para garantizar la protección del consumidor demandante. La respuesta a una cuestión de tanta trascendencia se ha reflejado en un Auto de 26 de octubre de 2016, asunto Fernández Oliva (C-568/14 a C-570/14).

Los hechos de los que ese Auto trae causa son a grandes rasgos los siguientes: ante un Juzgado de lo Mercantil estaban pendientes tres procesos iniciados por tres consumidores diferentes que, al amparo de la Directiva 93/13/CEE, pedían la declaración de nulidad de la cláusula suelo incorporada a sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Paralelamente, se había iniciado un proceso colectivo en el que una asociación de consumidores y usuarios había ejercitado una acción de cesación en relación con la cláusula suelo. Los bancos demandados en los procesos individuales instaron su suspensión por prejudicialidad en virtud del art. 43 de la LEC y, en defecto de suspensión, solicitaron el sobreseimiento por litispendencia al concurrir, según su criterio, la identidad de objetos del art. 421.1 de la LEC.

El juzgado barcelonés remitente de la cuestión prejudicial planteó, entre otras dudas, si el art. 721.2 de la LEC se oponía al art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, en la medida en que no permite al juez ante el que pende un proceso entablado por un consumidor individual adoptar de oficio medidas cautelares cuando ese proceso se suspende a la espera de que se resuelva la acción colectiva. En concreto, la medida cautelar que el juez consideraba oportuno adoptar de oficio era la suspensión de los efectos económicos de la cláusula suelo impugnada.

El Tribunal de Luxemburgo afirma que el art. 721, apartado segundo, de la LEC impide al consumidor recibir una protección temporal para mitigar los efectos negativos de la excesiva duración del procedimiento judicial, salvo en el supuesto de que el propio consumidor haya solicitado expresamente la adopción de medidas cautelares. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del régimen nacional en lo que se

refiere a las relaciones entre las acciones individuales y las colectivas, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no solicite tales medidas y ello aunque puedan concurrir los requisitos de fondo que el Derecho interno exige para la concesión de estas.

Con el prisma del principio de efectividad, el Tribunal de Justicia estima que el régimen procesal descrito puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección del consumidor. Si el juez no puede adoptar medidas cautelares de oficio y el consumidor no ha solicitado expresamente la adopción de una medida para suspender los efectos de la cláusula suelo a la espera de que se dicte sentencia firme en relación con la acción colectiva, el consumidor se verá obligado a abonar a lo largo del proceso, que se puede alargar excesivamente en el tiempo, unas cuotas superiores a las que le corresponderían si se excluyera la cláusula abusiva. Y esto conlleva un riesgo adicional de que el consumidor no tenga capacidad de pago y las entidades financieras inicien procesos de ejecución hipotecaria con el fin de obtener el pago de las cantidades debidas. La protección del consumidor resulta, en tales circunstancias, incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado para que cese el uso de cláusulas abusivas³¹.

Con estos argumentos es fácil comprender que la respuesta del Tribunal de Justicia sea que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la examinada en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le une a un profesional adopte de oficio medidas cautelares, con la duración que estime oportuna, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente cuya solución puede ser aplicada a la acción individual, cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados por el consumidor sobre la base de la Directiva 93/13».

El planteamiento de la cuestión prejudicial tomaba como premisa que la legislación procesal española obliga a condicionar los procesos individuales incoados por los consumidores a la decisión de la acción

³¹ El Tribunal de Justicia apoya su hilo argumental en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11), donde ya afirmó que la Directiva 93/13/CEE se opone a una normativa que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de las cláusulas que constituyen el fundamento del título ejecutivo y tampoco permite al juez que conoce del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esas cláusulas, adoptar medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su resolución final. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la reforma de la LEC llevada a cabo por la Ley 1/2013 introdujo ese control de oficio o a instancia de parte de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria.

colectiva sobre la misma cláusula abusiva. Esta circunstancia perjudica a los consumidores que habían optado por la tutela individualizada, pues el procedimiento podía resultar excesivamente largo y la negativa de la legislación procesal a la adopción de medidas cautelares de oficio por los órganos jurisdiccionales podría menoscabar la protección prevista en la Directiva 93/13/CEE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha puesto de manifiesto en distintas sentencias que la suspensión automática del proceso instado por el consumidor que ha optado por una tutela individual de sus derechos a la espera del resultado de una acción colectiva es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia³². Esta misma doctrina se ha reflejado en la STJUE de 14 de marzo de 2016, asuntos Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14).

No obstante, el legislador nacional sí ha considerado oportuno, en esta ocasión, llevar a cabo una reforma parcial de la legislación nacional para incorporar la doctrina recogida en el Auto Fernández Oliva. El Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, añadió un apartado tercero al art. 721 de la LEC, en el que se dispone lo siguiente: «Si, en aplicación de lo previsto en el artículo 43, el tribunal acordase la suspensión del proceso en que se ejercita la acción individual de un consumidor dirigida a obtener que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, podrá acordar de oficio, sin necesidad de prestar caución, las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la eficacia de un eventual pronunciamiento estimatorio».

3. EL AUMENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES CUANDO NO ESTÁN EN JUEGO CLÁUSULAS ABUSIVAS: UN ERROR Y UNA RECTIFICACIÓN DEL TJUE

La expansión de los poderes de actuación de oficio del juez en el proceso civil no se ha limitado al ámbito de las cláusulas abusivas y a la Directiva 93/13/CEE, sino que se ha extendido a otros contextos normativos. Este salto cualitativo plantea el debate sobre los límites del poder judicial en la protección de los consumidores y sobre el riesgo de quiebra de los principios estructurales del proceso civil nacional sin una justificación clara.

Un notorio ejemplo lo tenemos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2013, asunto Duarte Hueros (C-32/12), que enfrentó a una consumidora, que adquirió un vehículo defectuoso, con la empresa vendedora. Tras constatar que el

³² SSTC 49/2016, de 14 de marzo; 148/2016, de 19 de septiembre o 4/2017, de 16 de enero.

defecto era de escasa entidad, el juez español consideró improcedente la resolución del contrato solicitada por la demandante. Sin embargo, se planteó ante el TJUE si, pese a no haber sido pedida, el juez podía reconocer de oficio una reducción del precio conforme a la Directiva 1999/44 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.

El problema jurídico central residía en la compatibilidad de los artículos 218, 400 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el Derecho de la Unión. Dichas normas limitan al juez a resolver únicamente sobre las pretensiones formuladas por las partes (deber de congruencia) y establecen la preclusión de las alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos que pudieron hacerse valer en el primer proceso (art. 400 LEC). Bajo esta lógica, el juez español carecía de potestad para conceder de oficio una tutela distinta de la pedida, aunque derivara de un derecho sustantivo reconocido por la misma Directiva.

El TJUE, sin embargo, estimó que esa rigidez procesal contravenía el principio de efectividad del Derecho de la Unión. Aunque la Directiva 1999/44 no impone expresamente al juez nacional un deber de conceder tutelas no solicitadas, los Estados miembros deben garantizar que los consumidores puedan ejercer efectivamente sus derechos. Según el Tribunal, las normas procesales españolas hacían «excesivamente difícil» el ejercicio del derecho a una reducción del precio, al impedir tanto su reconocimiento de oficio como la posibilidad de promover un nuevo proceso por la preclusión derivada del art. 400 de la LEC. Por ello, concluyó que el juez debía poder otorgar de oficio dicha tutela para asegurar la efectividad del Derecho europeo, aun a costa de los principios procesales internos.

La exégesis realizada por el Tribunal de Luxemburgo partía de un error de base en la interpretación del art. 400 de la LEC, que se originó por los términos en los que se había planteado la propia cuestión prejudicial. El TJUE interpretó que la regla de preclusión se extiende a todas las acciones con distinto *petitum* que hubieran podido ejercitarse en el proceso. Tal exégesis conduce a una visión extensiva de una norma que, en realidad, tiene carácter restrictivo de derechos.

Según la interpretación correcta, la preclusión a la que se refiere el art. 400.1 de la LEC afecta únicamente a hechos y títulos jurídicos que integran la causa de pedir, no al *petitum* o a la tutela solicitada³³. Por

³³ Cfr. I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ (con A. DE LA OLIVA SANTOS, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, p. 669. En el mismo sentido, E. VALLINES GARCÍA, «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Derecho, Justicia, Universidad*. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, pp. 3171- 3195.

tanto, si en un nuevo proceso se pide una tutela diferente, como una reducción del precio en lugar de la resolución contractual, no opera la preclusión. Desde esta perspectiva, la consumidora no habría perdido la posibilidad de ejercitar en un segundo proceso la acción para pedir la rebaja del precio.

La decisión del TJUE en el asunto Duarte Hueros se basa, pues, en un error de interpretación del Derecho procesal español, derivado de la cuestión prejudicial planteada³⁴. Ello distorsiona el alcance real de la sentencia y pone en duda la supuesta vulneración del principio de efectividad.

Unos años después, el TJUE vuelve a enfrentarse al problema de la protección de los consumidores y los límites de la actuación de oficio del juez. Se trata de la Sentencia de 14 de septiembre de 2023, asunto Tuk Tuk Travel (C-83/22)³⁵. Los hechos en los que se enmarca esta decisión se refieren a un consumidor español que había cancelado un viaje combinado a causa de la pandemia del covid-19. El consumidor había pagado por adelantado 2.402 euros, de los cuales la agencia le devolvió 302 euros y se quedó con 2.100 euros en concepto de gastos de cancelación. El consumidor demandó a la agencia de viajes para obtener un reembolso adicional de 1.500 euros y afirmó que la agencia solo podía quedarse con 601 euros en concepto de gastos de gestión. El art. 12, apartado 2, de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a las modalidades de viaje vinculadas, permite al viajero solicitar el reembolso completo de cualesquiera pagos realizados por el viaje combinada, en caso de que ponga fin al contrato por circunstancias inevitables y extraordinarias. Sin embargo, el consumidor, posiblemente por desconocimiento, no solicitó en su demanda la restitución íntegra de las cantidades abonadas, sino solo una parte de estas. Debe tenerse en cuenta también que el demandante no estaba asistido de abogado, al tratarse de un juicio verbal cuya cuantía no excede de 2.000 euros, como permite el art. 31 LEC.

En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena presentó una cuestión prejudicial en la que planteaba si el art. 12, apartado 2, de la Directiva 2015/2302, a la luz de los arts. 114 y 169 del TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de determinados principios procesales naciona-

³⁴ A este respecto, F. CORDÓN MORENO, «La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)», en www.uclm.es/centro/cesco, fecha de publicación: 29 de octubre de 2013 y P. CALDERÓN CUADRADO, «Derechos, proceso y crisis de la justicia», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37/2015.

³⁵ Un interesante comentario sobre esta Sentencia puede verse en E. VALLINES GARCÍA, «Tuk Tuk Travel (C-83/22): rebuilding procedural autonomy or simply defending personal freedom», en *EU Law Live*, (<https://eulawlive.com/op-ed-tuk-tuk-travel-c-83-22-rebuilding-procedural-autonomy-or-simply-defending-personal-freedom-by-enrique-vallines/>).

les, el de justicia rogada y el de congruencia, conforme a los cuales el órgano jurisdiccional no puede otorgar de oficio al consumidor el reembolso íntegro de las cantidades a que tiene derecho, cuando en la demanda ha pedido una cantidad inferior.

El Tribunal de Luxemburgo tomó como premisa que el Derecho de la Unión no armoniza las normas procesales de los Estados miembros, por lo que rige el principio de autonomía procesal. Sin embargo, los tribunales nacionales deben garantizar la protección efectiva de los derechos de los consumidores derivados del Derecho de la Unión. En consecuencia, aunque el juez no pueda conceder más de lo pedido (por respeto al principio de justicia rogada), sí debe poder informar al consumidor de su derecho a la devolución total del precio y ofrecerle la posibilidad de invocarlo en el proceso.

Con la Sentencia *Tuk Tuk Travel* el TJUE se ha mostrado más respetuoso con los principios fundamentales sobre los que se asienta el proceso civil y ha evolucionado de proclamar la concesión de oficio de tutelas no solicitadas por el consumidor, excediendo de los límites del proceso, a imponer al juez un deber de informar al consumidor de los derechos que le asisten para sea el propio consumidor quien pueda invocarlos en el proceso.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La creación de un Espacio Judicial Europeo en el que los sistemas procesales de los Estados miembros de la Unión Europea sean uniformes no deja de ser una utopía. Pese a que haya un sustrato común basado en el respeto a ciertos derechos o garantías fundamentales, la diversidad de tradiciones jurídicas y las particularidades nacionales en aspectos esenciales, como el papel que se atribuye al juez dentro del proceso, perpetúan las diferencias en la configuración de los procesos civiles en los Estados miembros.

Sin embargo, el TJUE está logrando, en el ámbito de consumo, lo que el legislador europeo no ha podido conseguir. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, construida al resolver cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad entre las normas procesales internas y la protección que el Derecho europeo brinda a los consumidores, ha creado, de forma casi pretoriana, un corpus normativo autónomo, que resulta vinculante para los operadores jurídicos en todos los Estados miembros.

La jurisprudencia del TJUE se ha convertido en una fuente fundamental del Derecho procesal en los Estados miembros y está impulsando una continua revisión de los sistemas procesales civiles para garantizar una protección efectiva de los consumidores. De ahí que la autonomía procesal de los Estados, en materia de consumo, sea más ficticia que real.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en algunas ocasiones, el planteamiento de las cuestiones prejudiciales va acompañado de interpretaciones erróneas o sesgadas de las normas procesales internas o se formula la pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de manera que se está condicionando la respuesta. Esta forma de actuar, consciente o inconsciente, constituye un factor distorsionador que ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar la incidencia que cada decisión del máximo intérprete del Derecho de la Unión ha de tener en el ordenamiento de los Estados miembros.

Dejando de lado estos casos patológicos, las sentencias del Tribunal de Luxemburgo han tenido un enorme impacto en la configuración del proceso civil nacional, pues han obligado a revisar el papel que ha de desempeñar el juez en el proceso civil, así como a reformular el principio dispositivo, el de aportación de parte, el deber de congruencia, la cosa juzgada o la prohibición de incurrir en *reformatio in peius*. El juez civil no puede ser un mero espectador que se limite a resolver la controversia, sino que ha de adoptar un papel activo en la apreciación de cláusulas abusivas, en la práctica de pruebas e, incluso, en la adopción de medidas cautelares con el fin de garantizar una protección efectiva del consumidor.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE», en *Diario La Ley*, núm. 9378, Sección Doctrina, 15 de marzo de 2019.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, Vol. I (Trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, EJE, 1972.
- CALDERÓN CUADRADO, P., «Derechos, proceso y crisis de la justicia», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37/2015.
- CEDENO HERNÁN, M., *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2023.
- CORDÓN MORENO, F., «La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)», en www.uclm.es/centro/cesco, fecha de publicación: 29 de octubre de 2013.
- DAMIÁN MORENO, J., «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», en *Diario La Ley*, núm. 10174, Sección Tribuna, 21 de noviembre de 2022.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «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*, núm. 7/2022.
- FIDALGO GALLARDO, C., «El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a

- las instituciones de la Unión Europea. El TJUE como estrella emergente en el firmamento de la Unión», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, 2016, en www.iustel.com.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea», en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 209- 239.
- 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*, núm. 53, 2021.
- MOYA HURTADO DE MENDOZA, F., «Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la Ley», en *Revista de derecho político*, núm. 99, 2017, pp. 399- 431.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «El incremento de los poderes probatorios del Juez en la jurisprudencia europea y su repercusión el ordenamiento procesal español», en *Logros y retos de la justicia civil en España* / coord. por Guillermo Schumann Barragán; Fernando Jiménez Conde (dir.), Julio Banacloche Palao (dir.), Fernando Gascón Inchausti (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 157- 166.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., MÉNDEZ TOMÁS, R. M., «Los poderes probatorios del juez civil en materia de consumo a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en *La Ley Probática*, núm. 5, 2021.
- SANCHO GARGALLO, I., «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 5, 2012-2014, pp. 379- 390.
- SENÉS MOTILLA, C., «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Dir. Núñez Iglesias), Granada, 2014, pp. 149 a 166.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas», en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 17, 2016, pp. 119- 133.
- TAPIA HERMIDA, A. J., «Efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios. Sentencias del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2022, asuntos C-600/19: Ibercaja Banco, C-869/19: Unicaja banco y otros asuntos acumulados (LA LEY 71506/2022)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 105, Julio/2022.
- VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, pp. 3171-3195.
- VALLINES GARCÍA, E., «Tuk Tuk Travel (C-83/22): rebuilding procedural autonomy or simply defending personal freedom», en *EU Law Live*, (<https://eulawlive.com/op-ed-tuk-tuk-travel-c-83-22-rebuilding-procedural-autonomy-or-simply-defending-personal-freedom-by-enrique-vallines/>)

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 409-439
DOI: 10.37417/VSECC/15
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LOS MASC EN LA LEY ORGÁNICA 1/2025: EN BUSCA DE LA EFICIENCIA OPERATIVA*

Isabel VIOLA DEMESTRE

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO: INEFICIENCIA: 2.1. El tiempo de duración del proceso judicial; 2.2. El coste; 2.3. Eficiencia, eficiencia operativa, eficacia y efectividad.— 3. TRATAMIENTO: EXIGIR UNA ACTIVIDAD NEGOCIADORA, A TRAVÉS DE UN MASC LEGAL, ANTES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA.— 4. MODALIDADES DE MASC: *NUMERUS APERTUS* LEGAL: 4.1. Negociación: 4.1.1. *Directa de las partes*; 4.1.2. *Por profesionales de la abogacía*; 4.1.3. *Derecho colaborativo*; 4.2. Mediación; 4.3. Conciliación: 4.3.1. *Pública*; 4.3.2. *Privada*; 4.4. Opinión de persona experta independiente; 4.5. Oferta vinculante confidencial.— 5. REFLEXIONES FINALES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOESPJ)¹, tiene por objetivo principal «generar transformaciones en puntos que tienen efecto

* Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER (UE); «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» PID2021- 125149NB-I00 y GINDOC-UB/014.

¹ La LOESPJ se promulga en el marco del plan de Justicia 2030. Sobre este Plan, véase I. ORDEÑANA GEZURAGA, «La negociación en cuanto a mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos o sobre el alma de los mecanismos extrajudiciales. Análisis crítico de la regulación propuesta en el marco del Plan Justicia 2030», en S. CALAZA LÓPEZ, I. ORDEÑANA GEZURAGA Y J. SIGÜENZA LÓPEZ, (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 462-467.

sistémico en el ecosistema Justicia»² y como objetivo específico número 2³ es, precisamente, su eficiencia, que se concreta en tres programas: organizativo, procesal y digital. El programa de la eficiencia organizativa se centra en la transformación de la estructura con los Tribunales de Instancia y de la Oficina Judicial que le dan soporte; el de la eficiencia procesal, en la adaptación procesal y la incorporación de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) en la Administración de Justicia y, finalmente, el digital que fija un marco normativo para la digitalización del Servicio Público de Justicia. Para promover una Justicia, un servicio o un sistema de Justicia sostenible (Preámbulo III, IV y VII LOESPJ) frente al abuso⁴ del Servicio Público de Justicia⁵,

² <https://www.administraciondejusticia.gob.es/justicia-2030>

³ <https://www.justicia2030.es/eficiencia-del-servicio-p%C3%BAblico-de-justicia>

⁴ Para S. PASTOR PRIETO y V. ROSALES LÓPEZ, en su estudio publicado en 2005, «Son muchos los casos de verdadero abuso de los tribunales, de situaciones en las que no se debió acudir a ellos porque había otras vías socialmente —aunque no privadamente— menos costosas, o en los que se usó un tipo de órganos en lugar de ir a otros socialmente más baratos e igualmente efectivos. ¿Cuánto representa el conjunto de esos conflictos que ahora se judicializan sin que tenga que ser así o que necesitan otra vía más sencilla y barata? Como cifra aproximada, no menos de la cuarta parte del total de los litigios actuales. Ellos se debe principalmente a las siguientes razones: 1) la mitad de los casos civiles son de mero trámite, en ellos no hay una oposición, y los asuntos de jurisdicción voluntaria son más de uno de cada seis asuntos civiles; 2) Muchos de los cometidos ahora desempeñados por los tribunales podrían desempeñarse por otras personas y organismos, liberando esos recursos para la labor de adjudicación, que es lo propio de los tribunales; 3) En ocasiones, la cuantía no justifica que se litigue; al menos en una cuarta parte de los casos civiles el coste social de transferir cien euros o menos por la vía judicial cuesta veinte euros; 4) A veces los litigios se producen porque los costes de litigar son artificialmente pequeños comparados con los costes reales y la ganancia esperada; esta artificiosidad tiene que ver, en parte, con la ausencia de un sistema de tasas judiciales; 5) En otras ocasiones el propio funcionamiento inadecuado del sistema judicial induce la existencia de litigios; alguien gana con los litigios, con frecuencia los deudores, porque el sistema jurídico, y el judicial en particular, favorece al deudor-demandado; 6) Otra fuente de litigios procede del ruido o incertidumbre que ocasiona la existencia de sentencias contradictorias. Esto atenta contra la seguridad jurídica y en ocasiones es resultado de decisiones de los Tribunales Superiores o las Audiencias Provinciales que no son objeto de ulterior recurso ante el Tribunal Supremo; 7) La mayoría de los recursos (apelación, casación y especialmente de amparo) se utilizan con fines estratégicos para ganar tiempo o por razones análogas; 8) Otra importante fuente de litigios indebidos tiene que ver con los abogados. Técnicamente, la demanda de tutela judicial es una demanda inducida, es fruto del consejo del experto o del asesor jurídico. Las decisiones en cuestión versan sobre si reclamar o no; y ulteriormente si pleitear o llegar a un acuerdo, apelar o no, gastar más en el caso o menos. 9) Son ya numerosas las pruebas que indican que la frecuencia con que, en casos similares, se llega a acuerdos, evitando así el pleito, es menor en España que en los países de nuestro entorno. A nuestro entender, esto se debe a la estructura de incentivos con que cuentan los litigantes y sus asesores. Además, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no solo anglosajones sino continentales, hay cierta renuencia por parte de muchos de nuestros jueces a involucrarse en el principio del asunto y tratar de favorecer los acuerdos». S. PASTOR PRIETO y V. ROSALES LÓPEZ, «Dos dimensiones de la eficiencia de la justicia», *Economistas*, año 23, núm. 105 (2005), p.110.

⁵ E. CARRETERO MORALES, «La actitud de las partes frente a los MASC y su posible incidencia en las costas procesales», en CALAZA LÓPEZ, S.; LÓPEZ YAGÜES, V. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Medios Adecuados de Solución de Controversias*, 2023, pp.1101- 1132.

la LOESPJ establece el presupuesto de procedibilidad que consiste en acreditar que se ha intentado una actividad negociadora previa a la interposición de la demanda en la jurisdicción civil, en aquellas materias disponibles y no excluidas, de determinados procedimientos a través de los denominados por esta Ley Orgánica como medios adecuados de solución de controversias (MASC) legalmente identificados. Resulta esencial destacar que la LOESPJ reconoce en su Preámbulo que no solo la administración de justicia contenciosa es justicia⁶, sino que «es todo un sistema [...] que pertenece a la sociedad civil»⁷.

El fundamento sobre el que se asienta este presupuesto de procedibilidad en la LOESPJ es triple: histórico, filosófico y jurídico. El histórico se halla en la máxima citada en el preámbulo de la Ley Orgánica: «Antes de entrar en el templo de la Justicia, debe pasarse por el templo de la concordia» (Preámbulo IV LOESPJ). Esta frase se atribuye a Louis-Pierre-Joseph Prugnon, abogado y diputado, quien durante el debate sobre el proyecto de ley sobre los juzgados de paz desarrollado el 7 de julio de 1790 en la Asamblea Nacional francesa, pronunció estas palabras: «*Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la Société des eaux parties: Pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez*»⁸. Con la LOESPJ, y como manifestaron respecto de su Proyecto de ley García Villaluenga y Vázquez de Castro (2023), «es ahora la oportunidad de hacer que la concordia se vincule indefectiblemente a la justicia, más allá de la letra de la Ley»⁹.

El argumento de la Ley Orgánica 1/2025 basado en la filosofía (del derecho) es el «movimiento de justicia deliberativa»¹⁰ y, también, el romper con la dinámica de la confrontación y la crispación que invade las relaciones sociales (Preámbulo IV LOESPJ). El jurídico se basa en

⁶ «Siendo claro, como se ha indicado, que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, la Justicia no es únicamente la “administración de la justicia contenciosa”». Preámbulo IV, LOESPJ, p. 11.

⁷ Preámbulo IV, LOESPJ, p. 11.

⁸ C. CHABROUD, L.P.J. PRUGNON, *et alii*, *Discussion de l'article 1er du titre II du nouveau projet sur l'ordre judiciaire relatif aux juges de paix, lors de la séance du 7 juillet 1790*. In: *Tome XVI - Du 31 mai au 8 juillet 1790*, p. 739. <https://archives-parlementaires.persee.fr/prt/c6973960-53a3-414b-b0ed-4799074a7e2b>

⁹ L. GARCÍA VILLALUENGA y E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los MASC en la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia: muchos caminos para la concordia», *Dossier Análisis, alcance y repercusión de los MASC en la futura LMEP*, Aranzadi, 2023, pp. 5-16. <https://www.larraurimarti.com/imagenes/paginas/dossier-aranzadi-repercusion-de-los-masc-2222.pdf>

¹⁰ Véase N. BELLOSO MARTÍN, «Los medios adecuados de solución de conflictos (MASC) en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia: novedades y retos pendientes en un contexto de justicia deliberativa», en CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Medios adecuados de solución de controversias: eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, 2023, pp. 67 a 108.

el principio de la autonomía privada¹¹, respecto de materias disponibles y no excluidas por la Ley, que hunde sus raíces en el artículo 1255 del Código civil español¹² y que es reconocido en el artículo 4.1 LOESPJ. La finalidad es, también, «recuperar» la capacidad negociadora de las personas y promover la consolidación de un servicio público de justicia sostenible con la incorporación de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, considerados como mecanismos eficientes «que resultan imprescindibles para hacer frente al número actual de asuntos judicializados, que, unido al riesgo patente de aumento de los plazos de pendencia, coloca a la Administración de Justicia en una situación muy delicada que exige adoptar medidas inmediatas y efectivas, so pena de que aquella se vea abocada a un incremento en la duración media de los asuntos e incluso un colapso de la actividad de los Tribunales, con grave afectación a los intereses de la sociedad española cuya tutela se confía a dichos órganos jurisdiccionales» (Preámbulo LOESPJ).

2. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO: INEFICIENCIA

El Preámbulo de la LOESPJ declara la escasa eficiencia¹³ de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público cuando tienen que afianzarse en condiciones de eficiencia¹⁴ operativa.

Tradicionalmente, dos son los parámetros que son objeto de análisis para valorar la eficiencia o no del Servicio: el tiempo de duración y los costes del proceso.

2.1. El tiempo de duración del proceso judicial

La duración es el primero de los indicadores que se suelen emplear para la determinación de la eficiencia, más concretamente, la rapidez

¹¹ FIDALGO GALLARDO, CARLOS, «El principio de autonomía de la voluntad en su desarrollo (art. 4 LO 1/2025)», en CALAZA LÓPEZ, SONIA; ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 117-139.

¹² En el Código civil de Cataluña, véase el art. 111-6, titulado de la libertad civil.

¹³ Sobre la eficiencia, véase por todos J. M. ALCOCEBA GIL, «Algunas consideraciones en torno al discurso de la eficiencia de la justicia», *Foro, Nueva época*, vol. 25, núm. 2, 2022, pp. 301-317.

¹⁴ La eficiencia o ineficiencia de la justicia se determina con base en el análisis de los aspectos siguientes: la justicia como organización pública; diseño organizativo y gestión; política de recursos humanos; tecnología y sistema de información; desgobierno de la justicia [el reparto de poderes]; fomentar los mecanismos alternativos a la vía judicial. S. PASTOR PRIETO y V. ROSALES LÓPEZ, «Dos dimensiones de la eficiencia de la justicia», *Economistas*, año 23, núm. 105 (2005), p. 104.

con la que se tramitan los asuntos. La dilación en la resolución judicial de los conflictos se vive como un problema¹⁵.

El Consejo de Europa, en el informe de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) 2024¹⁶, reveló los datos siguientes. En 2022, España destinó más del 80 por 100 del presupuesto de su sistema judicial a los Tribunales¹⁷ y mejoró su eficiencia general en 2022¹⁸ apreciándose una evolución de la tasa de resolución y el tiempo de resolución en litigios civiles y mercantiles de primera instancia, con una reducción de más de 100 días en la resolución de los casos¹⁹. Sin embargo, los datos siguen siendo reveladores en la jurisdicción civil respecto del tiempo de resolución, esto es, el tiempo teórico para resolver un caso pendiente, considerando el ritmo actual de trabajo de los tribunales: 359 días para obtener una respuesta en primera instancia, 343 días en segunda instancia y 691 días en la instancia superior²⁰. Estos datos contrastan con la *CoE mediana*²¹ que se sitúa, en primera instancia, en 239 días; en segunda instancia, en 200 días y en el tribunal superior, en 152 días²². Según las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, 2023)²³, la duración media, en meses, de los juicios es la siguiente: ordinario (16,1 meses); verbales (9,7 meses);

¹⁵ S. PASTOR PRIETO, *¡Ah de la justicia!: política judicial y economía*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 39.

¹⁶ CONSEJO DE EUROPA, *European judicial Systems CEPEJ Evaluation Report*, Part 1 – general analyses. 2024 Evaluation cycle (2022 data). En adelante, CEPEJ 2024, parte 1. <https://rm.coe.int/cepej-evaluation-report-part-1-en/1680b272ac>.

¹⁷ CEPEJ 2024, Parte 1, p.23.

Concretamente, «España implementó un presupuesto del sistema judicial de 4.650.433.004 €, lo que representa 96,8 € por habitante, superando la mediana del Consejo de Europa. Como porcentaje del PIB, este presupuesto también está por encima de la mediana del Consejo de Europa. Más del 80 por 100 del presupuesto del sistema judicial se destinó a los tribunales. De hecho, el presupuesto de los tribunales por habitante (82 €) se mantiene muy por encima de la mediana del Consejo de Europa, mientras que el presupuesto del Ministerio Fiscal es la mitad de la mediana del Consejo de Europa. El gasto de España en asistencia jurídica gratuita (7 € por habitante) es significativamente superior a la mediana del Consejo de Europa». Véase en Council of Europe, *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2024 Evaluation cycle (2022 data)* Part 2, Country profiles, en adelante CEPEJ 2024, Parte 2, p. 162. Puede consultarse en <https://rm.coe.int/fiche-pays-partie-2-en/1680b21e99>

¹⁸ CEPEJ 2024 Parte 1, p.116.

¹⁹ CEPEJ 2024 Parte 1, p.119.

²⁰ CEPEJ 2024, Parte 2, p.162.

²¹ La *CoE Median* es la mediana de los indicadores recogidos por el Consejo de Europa (Council of Europe, CoE) en sus informes sobre eficiencia judicial, utilizada como punto de comparación entre países. Es la mediana estadística de un determinado indicador calculada a partir de los datos de todos los países participantes. Esto significa que la mitad de los países tiene un valor inferior y la otra mitad un valor superior a esta mediana. No es una media aritmética, sino un valor central que evita distorsiones causadas por extremos muy altos o muy bajos.

²² CEPEJ *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*. CEPEJ STUDIES No. 24, 2016. En adelante, CEPEJ 2016.

²³ Duración media procesos judiciales 2023. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales/>

ordinario mercantil (18,1 meses), verbal mercantil (10,8 meses); monitorio (6,6 meses); recurso de apelación civil en juicios ordinarios (13,3 meses); recurso de casación TS (23,5 meses); recurso de casación TSJ (5,6 meses), ejecución civil (42,4 meses); ejecución de títulos judiciales (39,8 meses) y ejecución de títulos no judiciales (66,2 meses)²⁴.

2.2. El coste

El coste de acudir a la vía jurisdiccional es el segundo de los indicadores de la eficiencia en la gestión de una controversia. En dicho concepto se incluyen, de un lado, los costes directos públicos (incluidos en los presupuestos del Estado) y los costes privados (costes monetarios en forma de honorarios de los letrados, procuradores, peritos, etcétera). Como señala S. Calaza López²⁵, los gastos procesales son la suma total de los importes económicos derivadas de la tramitación de los distintos procedimientos judiciales cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, contencioso-administrativa o laboral). En ellos se engloban, de un lado, los costes procesales, cuya financiación corresponde al Estado y, de otro, las costas procesales, cuyo pago incumbe a las partes intervinientes en el litigio. Los costes procesales revisten carácter público y se destinan a sufragar los desembolsos vinculados a la infraestructura material de la Administración de Justicia (edificios, instalaciones, equipamientos), a su mantenimiento ordinario (suministros, consumos, reparaciones), así como a los recursos humanos y materiales necesarios para su funcionamiento, incluyendo la formación del personal. Tales costes se imputan a una partida específica de los Presupuestos Generales del Estado y, en consecuencia, son soportados colectivamente por la ciudadanía mediante el sistema tributario, garantizando así la disponibilidad del servicio público de la Justicia. Por su parte, las costas procesales constituyen los gastos de naturaleza privada que deben asumir los litigantes en cada procedimiento. Se destinan, esencialmente, a retribuir la intervención de los profesionales (abogacía, procuradoría) y peritos cuya actuación resulta indispensable para la adecuada defensa de los derechos e intereses en juego, ya sea en la posición activa de ejercicio de la acción o en la pasiva de defensa. Su devengo se extiende desde las actuaciones iniciales —en ocasiones previas incluso a la incoación formal del proceso— hasta la conclusión del mismo mediante resolución firme, tras agotarse, en su caso, las instancias y recursos ordinarios o extraordinarios procedentes.

²⁴ Véanse más datos en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informacion-general/Boletines-trimestrales-de-recogida-de-datos/>

²⁵ S. CALAZA LÓPEZ, «Los gastos procesales: costas y costes de la Justicia», *Noticias Jurídicas*, 26/07/2024. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/19432-los-gastos-procesales:-costas-y-costes-de-la-justicia/>. <https://acountaxmadrid.es/que-son-las-costas-judiciales-y-cuanto-puedes-recuperar-si-ganas-un-juicio/>

A diferencia del parámetro de la duración de los procedimientos, es una tarea más ardua proporcionar información oficial y unificada sobre el coste medio de un procedimiento judicial²⁶.

La decisión de cómo actuar ante una controversia (no hacer nada, tratar de alcanzar un acuerdo a través de un medio adecuado de solución de controversias que puede terminar en un acuerdo o presentar una demanda judicial) puede fundarse en un criterio meramente económico, nada desdeñable, dato que se obtiene del análisis económico del Derecho²⁷ sobre cuestiones como los costes del litigio, de acudir a juicio o de llegar a un acuerdo y que la doctrina viene tratando de identificar mediante fórmulas²⁸.

Las soluciones negociadas tendrán más sentido para algunos asuntos²⁹. Como explicó elocuentemente Carrie Menkel-Meadow, los acuerdos a veces pueden servir al interés público en el cumplimiento legal tan bien o incluso mejor que una solución judicial³⁰.

²⁶ Véase, como muestra, el enlace del Consejo General del Poder Judicial sobre el coste de la justicia, que remite a un espacio con distintos apartados. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Plan-Nacional-de-Estadistica-Judicial/Coste-de-la-Justicia/>

Según los datos recogidos por PÉREZ DAUDÍ, el coste medio del proceso judicial es, por autores, el siguiente: Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM, 8.500 euros. ARASTEY, 8.500 euros. Herrera de las Heras: 8.015 euros. AYUSO y GUILLÉN (2010), sentencia: 910,74 euros; auto: 219,21 euros. Para Santos Pastor (2012), proceso judicial: 440 euros; sentencia: 2.410 euros.

Materiales de la sesión «Mediación y proceso» en la asignatura de Marco Jurídico de la mediación, Master en Mediación en Conflictos, Universitat de Barcelona, 2025.

Los elementos que constituyen las costas judiciales se detallan también en los enlaces siguientes (aunque sin datos numéricos que permitan una comparativa y, por consiguiente, una valoración). <https://mejorabogado.es/a-cuanto-ascienden-las-costas-de-un-juicio/> <https://acountaxmadrid.es/que-son-las-costas-judiciales-y-cuanto-puedes-recuperar-si-ganas-un-juicio/>.

Puede servir de referencia el estudio recogido en la MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO de enero de 2019 del decaído Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación <https://www.promediacion.com/wp-content/uploads/2019/02/memoria-del-analisis-de-impacto-normativo.pdf>

²⁷ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Litigation and the Legal Process*, National Bureau of economic research, Working paper 9697, may 2003, pp. 1-66.

²⁸ Véase P. SALVADOR CODERCH, «ABC de la transacción», *InDret*, 4/2002, pp. 6 y ss. y F. RAMOS ORTEU, «La decisión del consumidor de mediar o litigar con distintas reglas de recuperación de gastos», en CACHÓN CADENAS, M.; PÉREZ DAUDÍ, V., *Proceso y consumo*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 137 y ss.

²⁹ J. R. STERNLIGHT, «ADR Is Here: Preliminary Reflections on Where It Fits in a System of Justice», *Nevada Law Journal*, vol. 3, no. 2, Winter 2002/2003, p.301.

³⁰ MENKEL-MEADOW, CARRIE, «Whose Dispute Is It Anyway: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)», *Georgetown Law Journal*, vol. 83, no. 7, septiembre 1995, pp. 2674, 2678-2679.

2.3. Eficiencia, eficiencia operativa, eficacia y efectividad

Según el preámbulo LOESPJ, la eficiencia del Servicio Público de Justicia es la finalidad que se persigue con las medidas adoptadas en esta Ley Orgánica, eficiencia «referida a la capacidad de este sistema para producir respuestas eficaces y efectivas»³¹. De esta aseveración, se ponen en relación tres conceptos —eficiencia, eficacia y efectividad— tan próximos en su significado que requieren de una primera aproximación a su noción para su posterior diferenciación (o no).

La eficiencia, entendida como la «capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos»³², la cualidad de eficiente³³, es un concepto que se fundamenta en el análisis económico del derecho. Para R. Posner, la eficiencia supone la asignación de recursos en la que se maximiza el valor³⁴. En el contexto del Sistema Público de Justicia, la eficiencia procesal se identifica con su connotación «instrumental en la consecución de los fines del proceso» que «debe estar al servicio del sistema de justicia, de sus valores y objetivos, esto supone un consenso sobre cuales son ellos y explicitarlos tanto como sea posible. Mientras más claros sean ellos, se orienta mejor la gestión necesaria para alcanzar la eficiencia», en particular, para «correcta utilización de los recursos públicos y asegurar una medida de justicia a todos los justiciables»³⁵.

Frente a este posicionamiento no estrictamente jurídico, se prefiere el empleo de otra expresión que se considera que tiene un mayor encaje con el objeto del sistema: la idoneidad o adecuación de la técnica o diseño procesal para conseguir una «conexión o puente entre el derecho material y el derecho procesal, funcionalmente dispuesto a la verificación del primero en la realidad»³⁶, más acorde con el concepto de medios adecuados.

³¹ Preámbulo LOESPJ, II, p. 3

³² Véase la definición, 2ª acepción. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. <https://dle.rae.es/eficiencia?m=form>

³³ Diccionari de l'Institut d'Estudis Catalans.

³⁴ R. A. POSNER, *EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*, trad. de Suárez, Eduardo, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 2007, pp. 37 y 57.

³⁵ R. GARCIA ODGERS, *El Case Management en perspectiva comparada Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 244 y 249.

³⁶ Á. PÉREZ RAGONE, «Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal: el puente de la justicia procedimental», en PRIORI POSADA, G. (coord.), *Derecho Material y proceso. El modo cómo el proceso se adecua a la tutela del derecho material*, Lima, Palestra, 2017, pp. 57-80.

M. J. CACHÓN CADENAS, «Eficiencia de la justicia civil (breve comentario a la ponencia del Profesor Manuel Ortells Ramos)», en PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *Aspectos críticos del Derecho Procesal: Diálogos Hispano-italianos en homenaje al profesor Angelo Dondi*, Barcelona, J.M. Bosch, 2023, pp. 451-458.

Antes de continuar con el término eficacia, debemos detenernos, aunque sea un instante en el calificativo que la LOESPJ, en su preámbulo, otorga a la eficiencia. Se establece el objetivo de que el funcionamiento del Servicio Público de Justicia se produzca en condiciones de una eficiencia que, recordemos, además, es calificada de operativa. De nuevo, la norma no define qué debe entenderse por tal concepto, de modo que recurrimos a la noción común que nos sitúa en el punto de partida, hasta cierto punto redundante³⁷ puesto que se trata de una variable, nuevamente, económica³⁸ y de eficacia empresarial-organizacional³⁹, referida a la reducción de costes y para optimizar los procesos y recursos⁴⁰. El legislador catalán se refiere a este carácter operativo, precisamente, en relación con los sistemas de resolución voluntaria de conflictos y de reclamaciones en materia de consumo (art. 131-1.1 del Código de consumo de Catalunya) en el sentido de que las Administraciones públicas de Catalunya deben impulsar su disponibilidad para las personas consumidoras y para los empresarios⁴¹.

Por su parte, la eficacia es definida como la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera»⁴² o querido⁴³; es la calidad de eficaz, de conseguir los objetivos propuestos, independientemente de los recursos utilizados. También se identifica la eficacia con la idea de la celeridad⁴⁴ y la rentabilidad⁴⁵. Es sobre el pilar de la celeridad sobre el que descansa la capacidad de la persona de decidir individualmente solucionar su controversia también a través de una actividad nego-

³⁷ Según el Diccionario de la Lengua, de la Real Academia Española, operativa se define respecto de una cosa: que obra y hace su efecto. <https://dle.rae.es/operativo?m=form>

³⁸ En palabras de J. BAENA NARANJO, «La eficiencia operativa es un concepto fundamental en el ámbito empresarial que se refiere a la capacidad de una organización para utilizar de manera óptima sus recursos y procesos con el fin de lograr resultados superiores. Es un factor clave que influye en la rentabilidad y el éxito a largo plazo de una empresa. Además, implica maximizar la producción o los servicios ofrecidos utilizando la menor cantidad de recursos posibles. Esto supone eliminar cualquier desperdicio o ineficiencia en los procesos internos, así como optimizar el uso de los recursos humanos, financieros y tecnológicos disponibles». Véase en el post <https://www.obsbusiness.school/blog/que-es-la-eficiencia-operativa>

³⁹ Sobre la eficiencia operativa, véase A. GUERRERO GONZÁLEZ, *Actas del Foro Internacional sobre Gobernanza, Gestión de Sistemas de Información e Industria 4.0*, Universidad Politécnica de Cartagena, Ediciones UPCT, 2024. <https://repositorio.upct.es/server/api/core/bitstreams/dal17a240-c4ec-43e6-af7e-ba8f3638af67/content>

⁴⁰ Así se define en IBM. <https://www.ibm.com/mx-es/think/topics/operational-efficiency>

⁴¹ Mi agradecimiento a la Dra. Gemma Rubio Gimeno, investigadora principal, junto con la Dra. Mariló Gramunt Fombuena, del Proyecto «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo», por la indicación de este artículo del Código de Consumo de Catalunya sobre este carácter de operatividad.

⁴² Véase la única acepción de la palabra en el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española <https://dle.rae.es/eficacia?m=form>

⁴³ Definición de *eficàcia* y *eficaç* en el Diccionari del Institut d'Estudis Catalans (Diec).

⁴⁴ T. ARMENTA-DEU, *Privatización de la justicia (seguridad jurídica y abandono del proceso)*, 2013, pp. 2 y 3. https://www.researchgate.net/publication/292735705_PRIVATIZACION_DE_LA_JUSTICIA_SEGURIDAD_JURIDICA_Y_ABANDONO_DEL_PROCESO

⁴⁵ ARMENTA-DEU, TERESA, *op. cit.*, p. 3.

ciadora «que precisa de mucho menor tiempo y puede ser utilizada e incentivada como forma de abandono del proceso»⁴⁶.

En otro orden de cosas, la eficacia (*Wirksamkeit*) kelseniana se vincula también con los comportamientos reales de las personas ante las normas. El ordenamiento jurídico solo será válido si en su conjunto es eficaz. La eficacia es condición de la validez del ordenamiento, pero no razón de la misma. El ser condición apunta a que la eficacia es un requisito que ha de darse para que el ordenamiento sea válido⁴⁷.

Esta eficacia aplicada a la resolución de los conflictos no es una novedad tan reciente. El apartado 3.7. del Código de Deontología de los Abogados europeos⁴⁸ establece de manera expresa en su título la relación coste-eficacia, que se concreta en el sentido siguiente: «El Abogado deberá intentar en todo momento buscar la solución más adecuada en función de la relación coste-efectividad, y deberá aconsejar a su cliente en los momentos oportunos respecto a la conveniencia de llegar a un acuerdo o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos». El comentario recogido en la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea⁴⁹ sobre este punto es que enfatiza la importancia de intentar resolver disputas de manera que sea rentable para el cliente, incluyendo, aconsejar cómo intentar negociar un acuerdo y proponer remitir la disputa a alguna forma alternativa de resolución de conflictos.

El último concepto de esta tríada es el de efectividad. La efectividad se define por la RAE, en idénticos términos a la definición de eficacia, esto es, como «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera»⁵⁰, también como la cualidad de efectivo⁵¹.

Efectividad se puede considerar que es una valoración de si los resultados obtenidos son satisfactorios para las partes implicadas y contribuyen a la confianza en el sistema de justicia. Para Capella,

⁴⁶ ARMENTA-DEU, TERESA, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁷ En palabras de H. Kelsen (en su traducción por Gregorio Robles y Felix S. Sanchez), «La validez del ordenamiento jurídico tiene por condición tener un cierto grado de eficacia o, dicho con mayor precisión, un cierto nivel de correspondencia entre ambas (validez y eficacia)». Véase en H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, editorial Trotta, 2011, apartado 30, titulado «La norma fundamental del ordenamiento jurídico estatal, letra c» [La edición en línea consultada no dispone de número en las páginas].

⁴⁸ *Código de Deontología de los Abogados europeos* ha sido adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006. Este Código incluye un Memorando explicativo actualizado en la Sesión Plenaria del CCBE de 19 de mayo de 2006. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigodeontologico.pdf>

⁴⁹ Véase la *Carta de Principios esenciales de la Abogacía europea*. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Carta-de-los-principios-esenciales-de-los-abogados-europeos.pdf>

⁵⁰ Véase la palabra «efectividad» en el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/efectividad?m=form>

⁵¹ Es decir, que produce el efecto que uno espera. Véase la definición en el DIEC, en su primera acepción. <https://dlc.iec.cat/results.asp?txtEntrada=efic%E0cia&operEntrada=0>.

«Por “efectividad” se entiende así una especie de *eficacia* particular, exclusivamente institucional. Una norma será *efectiva* si es tomada en cuenta por las instituciones públicas, por magistrados o funcionarios, incluso en el caso de que sea totalmente ineficaz respecto de los comportamientos de los seres humanos en sus relaciones particulares. Una norma es efectiva cuando los funcionarios, como cuestión de hecho, la obedecen o tienden a sancionar a quienes la contravienen, e *inefectiva* en caso contrario. Se trata de un predicado útil en el ámbito de la reflexión sociológico-jurídica, aunque también puede servir para precisar el alcance de ciertas discusiones formales»⁵². En el ámbito de la gestión de los conflictos, también se emplea el calificativo de efectiva respecto de la tutela de los jueces y tribunales, configurando el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución Española) que, entre otros, se concreta en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, «cuyo incumplimiento evidenciaría una total falta de Justicia, pues una justicia tardía no es justicia»⁵³. Según el Tribunal Constitucional, «el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso [...] se trata de un derecho prestacional y, por tanto, de configuración legal que sujeta su ejercicio a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que el legislador establezca»⁵⁴. También se considera que la efectividad mide el equilibrio entre la eficacia y la eficiencia⁵⁵. Peter DRUCKER, en su obra *The Effective Executive*, centra la intervención efectiva en la búsqueda de las necesidades y la generación de opciones⁵⁶, dos de los elementos claves que caracterizan la actividad negociadora cooperativa, basada en principios.

Para alcanzar la eficiencia del Servicio, la LOESPJ ha situado una lente de aumento en estos medios de gestión de las controversias que, primero, favorecen que las partes dialoguen entre ellas, con o sin la intervención de una tercera persona que los acompañe en este proceso y, en segundo lugar, derivado del anterior, favorece también que las personas que están en una situación de controversia puedan obtener otro de los objetivos que no suelen tenerse en cuenta en los procesos

⁵² J. R. CAPELLA, *Elementos de Análisis Jurídico* Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 84-97.

⁵³ Véase A. PLANCHADELL-GARGALLO, «Acceso a una justicia próxima y MASC: binomio necesario», en BARONA VILAR, S. (ed.), *MASC, to be or not to be? (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 50-53.

⁵⁴ El Fundamento jurídico 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 1/2023, de 6 de febrero, recuerda esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso. <https://www.boe.es/boe/dias/2023/03/13/pdfs/BOE-A-2023-6650.pdf>

⁵⁵ <https://humanidades.com/eficacia-eficiencia-y-efectividad/>.

⁵⁶ «Get the Knowledge You Need. The first practice is to ask what needs to be done. Note that the Question is not “What do I want to do?” Asking what has to be done, and taking the question seriously, is crucial for managerial success. Failure to ask this question will render even the ablest executive ineffectual». P. F. DRUCKER, *The effective executive*, New York, Collins, 2006, p. XII y pp. 2 y 143.

judiciales como es alcanzar objetivos personales y emocionales⁵⁷ mediante esta gestión pacífica que son los MASC.

3. TRATAMIENTO: EXIGIR UNA ACTIVIDAD NEGOCIADORA, A TRAVÉS DE UN MASC LEGAL, ANTES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

Ante el diagnóstico de ineficiencia debida a un cuasi «colapso de la actividad de los Tribunales», dos son las posibles medidas⁵⁸: de un lado, incrementar la partida económica para disponer de los medios personales y materiales que favorezcan la gestión eficiente de los asuntos ingresados en la vía jurisdiccional y, por consiguiente, se reduzca la tasa de expedientes pendientes o, del otro, tratar que el número de asuntos que se presentan en esta vía jurisdiccional sea menor y, para tal fin, se potencien los procedimientos en vía no jurisdiccional, tradicionalmente calificados como alternativos (*Alternative Dispute Resolution*) cuando se trata, precisamente, de una relación de complementariedad⁵⁹ entre las dos vías; sobre todo, desde la perspectiva de la gestión general de los conflictos.

⁵⁷ Véase J. R. STERNLIGHT, «ADR Is Here: Preliminary Reflections on Where It Fits in a System of Justice», *Nevada Law Journal*, vol. 3, no. 2, Winter 2002/2003, pp. 299 y 300. Para la autora, de su investigación se desprende que «disputants are generally looking for three benefits from a dispute resolution system: (1) a system that provides them with a substantively fair/just result; (2) a system that meets the procedural justice criteria of voice, participation, and dignity as set out above; and (3) a system that helps them to achieve other personal and emotional goals, such as reconciliation, or that at least does not leave them feeling worse, emotionally and psychologically. The first two points seem fairly obvious. It is hard to imagine that any system can be tolerated as fair and just in the long term if it in fact consistently yields unfair results. In addition, although the social science literature on procedural justice needs to be developed further, and while its applicability to other kinds of societies needs to be verified, as a preliminary matter, it seems clear that the perception of justice is quite important to disputants. The third goal is the least obvious, at least to those of us who are used to Western conceptions of justice. We recognize that disputants have emotional needs and desires. They may seek revenge, forgiveness, or reconciliation, among other things. However, we in the West have been trained to think that these emotional needs should not necessarily be served by a system of justice, or at least by a system of law.⁵⁷ Instead, since the Enlightenment, we have become accustomed to thinking of a justice system in an almost mechanical fashion, as an institution designed to resolve disputes fairly, effectively, and according to neutral legal principles. Yet, not all societies share this limited vision as to the goals of a system of justice. Instead, many see the purposes of justice more broadly, as bringing the members of society back into balance or harmony. I believe there is no reason why we should not continue to have our system of justice serve these emotional needs, as well as the other goals set out above. Why should we not take into account psychological and emotional factors, as well as other social policies, when we set up our legal system? Surely these factors can be considered in drafting our legal procedures, just as they are considered when we adopt substantive laws. Indeed, given the inevitability that the manner in which we structure a system of procedure will impact».

⁵⁸ I. ORDEÑANA GEZURAGA, «Tuvimos un sueño...», *op. cit.*

⁵⁹ La obra dirigida por S. CALAZA LÓPEZ; I. ORDEÑANA GEZURAGA y J. SIGÜENZA LÓPEZ visibiliza esta complementariedad de los medios tradicionalmente calificados de alternativos. *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

La Ley Orgánica 1/2025, en el marco del proyecto de Justicia 2030, opta por la segunda medida y pone el foco de atención en la actividad negociadora mediante procesos, procedimientos, métodos, sistemas de gestión de conflictos en vía no jurisdiccional. Podía haberlos mencionado, recordado e incluso, regulado, si no tenían una normativa definitoria o aplicable⁶⁰ en el Código civil, junto con el contrato de transacción (art. 1809 y ss.) o en la Ley de Enjuiciamiento civil; sin embargo, ha considerado oportuno fijarlos como un presupuesto de procedibilidad: la admisión de la demanda judicial en los procesos de la LEC, respecto de materias disponibles y no excluidas (art. 5 LOESPJ), está condicionada a la prueba de que las partes en una controversia han intentado de buena fe una actividad negociadora a través de alguno de los calificados medios adecuados de solución de controversias legalmente establecidos (art. 2 LOESPJ).

a) Medios

La LOESP denomina «medios» a los hasta ahora definidos como procesos, procedimientos, sistemas, métodos, mecanismos de gestión de conflictos en vía no jurisdiccional y que están relacionadas en esta u en otra Ley, estatal o autonómica que consistan en esta actividad negociadora.

b) Adecuados

La LOESPJ abandona el tradicional calificativo «alternativo» que solía acompañar a estos procedimientos para adoptar el de adecuado. La justificación radica en que la propia doctrina anglosajona ha cambiado su inicial concepción: estos medios han transitado de ser un proceso puntual, alternativo a la vía judicial, a ser una multiplicidad de procesos⁶¹ comúnmente empleados, por tanto, apropiados o adecuados también para la gestión de una disputa legal⁶². En palabras de S. Pastor, el objetivo de la política judicial debe ser facilitar el acceso al mejor mecanismo disponible para tutelar los derechos⁶³.

⁶⁰ Es el caso de la opinión de persona experta independiente.

⁶¹ Véase la historia de la Pound Conference y los multi-door court en H. SOLETO MUÑOZ, «El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos», en SOLETO MUÑOZ (Dir.); CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LOPEZ, C., *Mediación y resolución de conflictos: MASC, técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2025, pp. 26 y ss.

⁶² Véase el relato de C. MENKEL-MEADOW, «Alternative and Appropriate Dispute Resolution in Context Formal, Informal, and Semiformal Legal Processes», en COLEMAN, P. T.; DEUTSCH, M.; MARCUS, E. C. (eds.), *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, Wiley, 2014, pp. 1-28; UC Irvine School of Law Research Paper, núm. 26, 2015, p. 2. Sobre el término adecuado, véase la explicación de S. BARONA VILAR, «¿Los MASC existen! Son medios de acceso a la justicia», en BARONA VILAR, S. (ed.), *MASC, to be or not to be? (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 26 a 35; ORDENANA GEZURAGA, La negociación en cuanto mecanismo, *op. cit.*, pp. 475- 479.

⁶³ S. PASTOR PRIETO, *Dilación, eficiencia y costes: ¿Cómo ayudar a que la imagen de la Justicia se corresponda mejor con la realidad?*, Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia,

Esta calificación tampoco no es ajena en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la gestión de los conflictos. De nuevo, nos remitimos a la normativa deontológica de la abogacía. El art. 12.A.8 del Código deontológico de la Abogacía Española dispone, respecto de las relaciones con los clientes, que «Siempre se deberá intentar encontrar la solución más adecuada al encargo recibido, debiéndose asesorar al cliente en el momento oportuno respecto a la posibilidad y consecuencias de llegar a un acuerdo o de acudir a instrumentos de resolución alternativa de conflictos»⁶⁴. Como señala Barona, resulta de interés ofrecer un abanico de opciones que permitan elegir aquella que es «más adecuada en cada momento y en atención a las circunstancias que concurren y al tipo de disputa de que se trate»⁶⁵.

c) *Solución*

El legislador vuelve a centrarse en el resultado del empleo de estos medios cuál es su solución, que puede interpretarse como esta «acción y efecto de resolver [...] un problema» o «el desenlace o término de un proceso, de un negocio, etc.»⁶⁶. Se omite, por tanto, la referencia a la gestión⁶⁷, la prevención, la transformación o la resolución⁶⁸ de las con-

Documentos de trabajo núm. 5, Fundación BBVA, 2003, p.10.

⁶⁴ *Código Deontológico de la abogacía española*. Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019 <https://www.icab.es/export/sites/icab/galleries/documents-col-legi/documents-de-normativa/Codigo-Deontologico-2019.pdf>.

En correspondencia con este precepto, el mismo Código establece en su art. 12.B.2. como deber de información del abogado al cliente, de poner en conocimiento del cliente «a. La opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto, procurando disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento [...] e. La evolución del asunto encomendado, resoluciones transcendentales, los recursos, las posibilidades de transacción, la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o las soluciones alternativas al litigio». La Ley Orgánica 1/2025 se ha dictado de conformidad con las disposiciones deontológicas de la abogacía europea y estatal.

En esta misma línea, el art. 20.1. b de la Normativa de la abogacía catalana del Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya. RESOLUCIÓ JUS/110/2019, de 22 de gener, de modificació de la Normativa de l'Advocacia Catalana del Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 7799, 30.01.2019.

⁶⁵ S. BARONA VILAR, «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Ensayos, Año 18 – núm. 1, 2011, p. 188.

⁶⁶ Véase las acepciones segunda y sexta de la palabra «solución» en el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. <https://dle.rae.es/soluci%C3%B3n>

⁶⁷ La ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado de Catalunya, define, en su artº 1.1, la mediación como un procedimiento no jurisdiccional, de carácter voluntario y confidencial, que está dirigido a facilitar la comunicación entre las personas para que gestionen por ellas mismas una solución a la situación de controversia, con la intervención de una tercera persona imparcial y neutral.

⁶⁸ La resolución, según R. Alzate, comporta un cambio actitudinal mutuo que lleva a las partes a internalizar un nuevo patrón de acción, porque las actitudes de las personas se han modificado, en lugar de porque una parte fuerza a la otra. Véase R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, «Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica», Bilbao, Servicio editorial, Universidad del País Vasco, 1998, p. 32.

troversias. Desde la perspectiva de la eficiencia, la controversia debe terminar con uno de estos procesos. En caso de no ser así, el conflicto se perpetúa y debe recurrirse a otro mecanismo, encareciendo por tanto el coste de su gestión.

d) *Controversias*

En la LOESPJ, se deja de lado, también, el empleo del término disputa, que formaba parte del tradicional acrónimo en inglés de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), no acoge el de conflicto⁶⁹ y elige el de controversia. Por controversia se entiende «discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas»⁷⁰.

4. MODALIDADES DE MASC: *NUMERUS APERTUS* LEGAL

La LOESPJ pone de manifiesto algunos de los medios que permiten alcanzar acuerdos de solución extrajudicial (que ya existían en una configuración pública⁷¹, privada⁷² o intrajudicial⁷³) que estén reconocidos en esta Ley Orgánica, en una estatal o autonómica estableciendo así una suerte de *numerus apertus* legal.

Se identifican como modalidades de actividad negociadora previas a la vía jurisdiccional en la LOESPJ, esto es, los MASC en vía no jurisdiccional, la negociación directa de las personas afectadas en una situación de controversia (art. 14.1 in fine LOESPJ), la negociación de los abogados (art. 14.1. in fine LOESPJ), la conciliación pública⁷⁴ (art. 14, apartados 3,4,5,6 LOESPJ), la conciliación privada (arts. 15 y 16 LOESPJ), la oferta vinculante confidencial (art. 17 LOESPJ), la

⁶⁹ Las primeras acepciones de «conflicto» en el Diccionario de la Lengua Española, de la RAE, tienen una pátina bélica relevante: 1. Combate, lucha, pelea. 2. Enfrentamiento armado. A partir de la 3a, se concibe como 3. Apuro, situación desgraciada, de difícil salida; 4. Problema, cuestión, materia de discusión. Véase en <https://dle.rae.es/conflicto?m=form>

⁷⁰ Es la definición de la primera acepción en el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. También aparecen vocablos sinónimos entre los que se halla «disputa», en cambio, no está «conflicto», <https://dle.rae.es/controversia?m=form>.

⁷¹ La conciliación de los jueces de paz, del letrado de la administración, de los notarios y registradores.

⁷² La mediación, por ejemplo.

⁷³ La opinión de persona experta independiente es un peritaje. Si el juez o el tribunal resuelven controversias técnicas con base en la opinión experta del perito puede recurrirse a esta opinión con anterioridad a la interposición de la demanda. El legislador ha extraído una figura con relevancia intraprocesal y la ha transformado en preprocesal que ya se empleaba en el ámbito empresarial-mercantil.

⁷⁴ A. I. BLANCO GARCÍA, «La conciliación pública en la ley de jurisdicción voluntaria, ¿Nuevos horizontes?», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 261-305.

opinión de persona experta independiente (art. 18 LOESPJ) y el derecho colaborativo (art. 19 LOESPJ)⁷⁵.

4.1. Negociación

La «actividad negociadora» constituye el núcleo central que es común en todos los MASC (art. 2 LOESPJ). Adolece de una definición de la negociación⁷⁶ pura, que nos recuerda los tratos preliminares, preparatorios a la consecución de un contrato que, en el contexto en que se desarrolla (como presupuesto de procedibilidad o para poner fin a un pleito comenzado), tiene carácter de transacción (art. 1809 Código civil español). Es un medio autocompositivo de solución de controversias sin intervención de tercera persona neutral. Tres son las modalidades de negociación sin intervención de tercera persona neutral: la negociación directa de las personas que tienen la controversia (asesoradas o no por los profesionales de la abogacía), la negociación de los profesionales de la abogacía, por cuenta y en nombre de sus respectivos clientes y el derecho colaborativo.

4.1.1. Directa de las partes

La negociación se califica de directa (art. 14.1 LOESPJ) cuando este presupuesto de procedibilidad se cumple con la actividad negociadora de las personas que tienen la controversia. El fin perseguido es claro: que, antes de acudir a los tribunales, las personas hablen y traten de gestionar la situación de conflicto para solucionarla, aclarando posibles malentendidos y, si precede, alcanzando un acuerdo consensuado⁷⁷. Tienen la aptitud de hacerlo por ellas mismas, sin que

⁷⁵ Nótese que el arbitraje no aparece mencionado en el listado de MASC cuando es uno de los ADR tradicionales. La razón: el arbitraje es un medio heterocompositivo cuasi-jurisdiccional, que se caracteriza porque la decisión de la solución de la controversia la impone una tercera persona (árbitro u órgano arbitral). En los MASC, hay una actividad negociadora que tiene por objeto que las partes, por ellas mismas o con la intervención (no impositiva) de una tercera persona neutral, alcancen una solución extrajudicial a dicha controversia. En esencia, pues, no hay una actividad negociadora de las partes para alcanzar una solución en el arbitraje. Cierto es, también, que se prevé el laudo conciliatorio, en el que el árbitro o árbitros pueden terminar el proceso arbitral con un laudo en el que incorporan los acuerdos alcanzados extrarbitralmente por las partes (art. 36 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). JEREZ DELGADO, C., «Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 807, 2025, pp. 191-226.

⁷⁶ En el Punto de Acceso General a la Administración de Justicia sí que se define «La negociación es un medio adecuado de solución de controversias mediante el cual las partes de manera directa, por sí mismas o representadas por sus profesionales de la abogacía, buscan alcanzar un acuerdo sobre un conflicto». <https://www.administraciondejusticia.gob.es/negociacion/>

⁷⁷ J. I. MARTÍNEZ PALLARÉS, «Negociación previa o litigación: susto o muerte», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia,

nadie más intervenga. Cuando concurren determinadas circunstancias⁷⁸, también tienen la opción de que estas conversaciones las desarrollen sus asesores jurídicos en su nombre⁷⁹.

4.1.2. Por profesionales de la abogacía

Esta negociación se desarrolla por los abogados que representan a cada una de las personas en la controversia y, por consiguiente, actúan en su nombre y por cuenta de cada una de ellas⁸⁰. Las conversaciones⁸¹, el diálogo, las posibles ofertas, contraofertas, concesiones serán realizadas por los profesionales de la abogacía, que actúan en defensa de los intereses de su cliente, con base en una negociación distributiva o integrativa, posicional o basada en principios cooperativos, con base en los intereses y las necesidades de las partes⁸², según la manera de ser de cada uno de ello/as y/o por la formación que cuenten sobre las distintas modalidades de negociación y los distintos elementos que caracterizan a la misma.

Tirant lo Blanch, 2023, pp. 423; M. M. ARANDA JURADO, «La negociación directa», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 357-390. L. GUTIÉRREZ MOLINA, «La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 391-412.

⁷⁸ Las emociones están a flor de piel y es difícil que la conversación pueda terminar en un acuerdo consensuado; porque se prefiere delegar en una persona que actúe en su nombre; por falta de tiempo, etcétera.

⁷⁹ I. ORDEÑANA GEZURAGA, «La negociación en cuanto a mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos o sobre el alma de los mecanismos extrajudiciales. Análisis crítico de la regulación propuesta en el marco del Plan Justicia 2030», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. y SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 461-528.

⁸⁰ L. GUTIÉRREZ MOLINA, «La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. y SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 391-412. L. GUTIÉRREZ MOLINA, «La negociación por medio de Abogad@», en CALAZA LÓPEZ, S. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 401-408.

⁸¹ Estas negociaciones por representación son relevantes cuando las partes no pueden comunicarse directamente porque, con ellas, también pueden llegarse a acuerdos de solución satisfactorios para las partes representadas. Ciertamente es también que las propias personas que tienen la controversia y, por consiguiente, las que tienen los detalles (algunos extrajudiciales) de la situación que los generó no los puedan comentar, no sean tratados en este proceso de negociación y queden ahí, enquistadas, manifestándose, en ocasiones, en un momento posterior.

⁸² Véase el libro de la negociación basada en principios de R. FISHER, W. URY, WILLIAM y B. PATTON, *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, 3ª edición, Barcelona, Deusto, 2025.

4.1.3. *Derecho colaborativo*

El derecho colaborativo se caracteriza porque esta actividad negociadora se desarrolla por las personas que tienen la controversia junto con sus respectivos abogados con la particularidad de que si no se llega a un acuerdo de solución estos abogados no serán los que ostenten la defensa jurídica en un procedimiento arbitral o judicial posterior. Se rige por los principios (art. 19 LOESPJ) de buena fe, transparencia, confidencialidad, trabajo en equipo, una negociación basada en intereses y con la posibilidad de que intervengan terceras personas expertas (mediador, especialista financiero, psicólogo, etcétera) que pueden ayudar en el mismo⁸³.

En Derecho colaborativo, el proceso de gestión de la controversia se realiza con la participación activa de las partes de la misma junto con sus respectivos abogados o abogadas, colegiados y formados en Derecho colaborativo, en número de horas y contenidos establecidos en las normas de la IACP⁸⁴.

4.2. Mediación

La actividad negociadora tiene lugar en el marco de un proceso, voluntario y confidencial, en el cual la intervención de la tercera persona mediadora, neutral e imparcial, es facilitativa⁸⁵ del diálogo entre las personas que tienen una controversia y, por consiguiente, que no realiza propuestas de solución, a diferencia de la persona conciliadora, y que sean ellas mismas las que lleguen a dicha solución o acuerdo.

⁸³ Sobre los orígenes, principios y funcionamiento del Derecho colaborativo, véase, entre otros, P. ESTEVE ESTEVE, «Abogado colaborativo. Una nueva forma de resolución de conflictos», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 115, Núm. 1, 2016, pp. 71-95; H. SOLETO MUÑOZ, *El abogado colaborativo*, Madrid, Tecnos, 2017; M. E. LAUROBA LACASA y M. TUR, «Gestionar els conflictes mitjançant el “Dret Col·laboratiu”: una opció amb futur», *Món jurídic*, núm. 315, diciembre 2017, enero 2018, pp. 19-20. <https://www.icab.cat/export/sites/icab/galleries/documents-publicacions/mon-juridic-num.-315-desembre-2017-gener-2018.pdf>; LAUROBA LACASA, M. E., «El derecho colaborativo como ADR y como herramienta de la abogacía del futuro», en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, C. PILIA, C. AGURTO GONZÁLES, S. L. QUEQUEJANA MAMANI, B. CHOQUE CUENCA (coords.), *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, Editorial Juruá, 2020, pp. 43-60; SUCUNZA TORICAGÜENA, S., «El derecho colaborativo», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 671-698.

⁸⁴ <https://www.collaborativepractice.com/>

⁸⁵ Junto con esta modalidad facilitativa está la mediación evaluativa en la que la tercera persona sí que realiza propuestas de solución que las partes pueden o no adoptar. Sobre este particular, tenemos ejemplos en la legislación civil catalana en materia de vivienda. Al respecto véase VIOLA DEMESTRE, I., «La mediación en la gestión del impago de los préstamos y créditos hipotecarios en Cataluña: una institucionalización singular», *Oñati Socio-Legal Series*, 2019, 19, 4, pp. 445-476, 2019. <https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/218262/1/214337.pdf>

De entre los MASC legales citados se destaca y se reconoce muy especialmente la labor desarrollada por la mediación, una práctica (LOESPJ *dixit*) iniciada en el país en la década de los ochenta del siglo xx⁸⁶, que tuvo un impulso gracias a su regulación, desde el 2001, en la normativa autonómica, principalmente, en el ámbito familiar en diez de las Comunidades Autónomas⁸⁷ (Andalucía⁸⁸, Aragón⁸⁹, Canarias⁹⁰, Castilla-La Mancha⁹¹, Castilla y León, Galicia⁹², Illes Balears⁹³, Madrid⁹⁴, País Vasco⁹⁵ y Principado de Asturias⁹⁶, y también, en un contexto que amplía este familiar, como es el caso del ámbito del Derecho privado (Cataluña⁹⁷) y, directamente, de mediación, sin especificar las materias (Cantabria⁹⁸ y la Comunidad Valenciana⁹⁹), mientras sean sobre materias disponibles. La Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMACM), de transposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, de ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, constituyó sin duda la manifestación de la consolidación en España de este procedimiento (ahora calificado como medio adecuado de solución de controversias¹⁰⁰ en la LOESPJ) que constituye un «instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible».

Este rol central de la mediación en la configuración de los MASC viene reconocido en la normativa: las menciones a la mediación incluidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) se

⁸⁶ Aunque bien podría considerarse que algunos de los aspectos de la mediación también estaban presentes de algún modo en el derecho romano, con el caso de Lucrecia o en el *pactum* y la *transactio*. Véase VALLEJO PÉREZ, G., *Métodos alternativos de resolución de conflictos en derecho romano: especial referencia a la mediación*, Dykinson, 2018, p. 39 y capítulo II.

⁸⁷ Consejo General del Poder Judicial. Normativa sobre mediación. Puede consultarse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonomicas/>

⁸⁸ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁸⁹ Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

⁹⁰ Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar y Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar

⁹¹ Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

⁹² Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar.

⁹³ Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears.

⁹⁴ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

⁹⁵ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar.

⁹⁶ Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar.

⁹⁷ Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

⁹⁸ Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁹⁹ Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana.

¹⁰⁰ La LOESPJ ha modificado la definición de la mediación en el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que ya la califica de medio adecuado de solución de controversias.

entienden referidas también a cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias previstos en la LOESPJ (véase la Disposición Adicional duodécima de la LEC, incorporada por el art. 22, punto ochenta y dos de la LOESPJ). Sin embargo, es consciente también el legislador estatal de que «no se ha conseguido desarrollar la potencia-lidad augurada desde su gestación» en parte por «determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros». De ahí la necesidad de su fomento, en línea con la Resolución del Parlamento UE 17 de septiembre de 2017, de aplicación de la Directiva mencionada en respuesta al archiconocido informe «*Rebooting the Mediation Directive*» (2014), dirigido y coordinado por Giuseppe di Palo¹⁰¹; de la mediación y también de los MASC puesto que se insta en la LOESPJ a la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas a realizar acciones con el propósito de incrementar la «visibilidad de los MASC» y potenciar el uso de estos «mecanismos» frente a la vía exclusivamente judicial. Acerca de si la mediación judicial mejora la eficiencia de los juzgados en Europa, el informe CEPEJ 2024 muestra como la falta de datos impide dar una respuesta contundente al respecto¹⁰².

La mediación es un espacio de diálogo, de carácter voluntario y confidencial, que está dirigido a facilitar la comunicación entre las personas para que gestionen por ellas mismas una solución a la situación de controversia, con la intervención de una tercera persona que actúa de manera imparcial y neutral¹⁰³.

¹⁰¹ Al respecto, es de sumo interés el resultado del segundo estudio, todavía en elaboración, al concluir el período de los cuestionarios sobre el impulso de la mediación en Europa, continuador del *Rebooting the EU Mediation Directive* de 2014. <https://www.dialoguethroughconflict.org/rebooting-the-eu-mediation-directive-2024-edition/>

¹⁰² «La disponibilidad de datos sobre la mediación judicial en casos civiles y mercantiles, de familia, administrativos, laborales, penales y de consumo se mantiene sin cambios a lo largo de los ciclos de evaluación, ya que aproximadamente solo una cuarta parte de los estados y entidades proporciona datos. El impacto de estas mediaciones sigue siendo bajo en la mayoría de los estados y entidades, como sugieren las cifras presentadas, a pesar de que mejoraron ligeramente tras 2020 y las restricciones relacionadas con la COVID-19».

No obstante, existen algunos ejemplos notables, como Israel, donde se produjo un aumento de la mediación en casos civiles y mercantiles gracias a una reforma del procedimiento civil a partir de 2021. Se han realizado esfuerzos notables en varios estados y entidades para mejorar la mediación y los métodos alternativos de resolución de disputas (ADR) mediante reformas legislativas y desarrollos institucionales en Armenia, en Italia [mediación obligatoria en diversas áreas y la facilitación de la mediación digital, junto con incentivos fiscales y beneficios tributarios para promover la RAL], en Ucrania y en el Reino Unido, Inglaterra y Gales [introdujeron un sistema de mediación integrado para demandas en tribunales de condado de hasta 10 000 libras esterlinas, que exige que las partes, en casos definidos dentro de la vía de demandas de menor cuantía, asistan a una cita de mediación gratuita de una hora, facilitada por un mediador contratado por el tribunal a través del Servicio de Mediación de Demandas de Menor Cuantía]. CEPEJ 2024, PARTE 1, p.117.

¹⁰³ Sobre la mediación en general y como MASC, véase LÓPEZ YAGÜES, V., «La mediación y otros MASC bajo el paraguas de un nuevo concepto del derecho de acceso a la justicia y el

4.3. Conciliación

Es otra de las modalidades de actividad negociadora en vía no jurisdiccional en que una tercera persona experta en la materia objeto de la controversia propone posibles opciones de solución, que, a su vez, se subdivide en dos otras subespecies, la pública y la privada¹⁰⁴, con base en si la tercera persona conciliadora actúa en el marco de su función para la administración o no.

3.3.1. Conciliación pública

Se califica de pública la conciliación que llevan a cabo personas conciliadoras que tienen encomendada esta función reconocida por la administración (de justicia: jueces y juezas de paz¹⁰⁵ y letrado y letrada de la administración de justicia¹⁰⁶; notarios¹⁰⁷; registradores¹⁰⁸) con una regulación ya definida con anterioridad a la LOESPJ.

deber de asegurar la eficacia y la sostenibilidad del sistema», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 135-172; LÓPEZ YAGÜES, V., «La mediación», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 419-494. SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Los tres pilares que favorecen que una mediación sea eficiente y el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 173-220.

¹⁰⁴ Se entiende que «En la conciliación una persona experta (el conciliador o conciliadora) con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia en conflicto ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo, haciendo propuestas que puedan terminar la controversia entre ellas. La conciliación puede ser pública o privada». <https://www.administraciondejusticia.gob.es/conciliacion1>.

¹⁰⁵ ARRUTI BENITO, S., «La conciliación judicial, notarial o registral, regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: es necesario un nuevo modelo conciliatorio», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 223-260.

¹⁰⁶ SOLETO MUÑOZ, H.; AVILÉS, M., «La conciliación de los letrados de la administración de justicia», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.); CARRETERO MORALES, E.; RUIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, pp. 568-576, CANCIO FERNÁNDEZ, R., «La conciliación ante letrado de la administración de justicia», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 559-587.

¹⁰⁷ BOSCH CARRERA, A., «El procedimiento de conciliación notarial y funciones del conciliador», *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 22, 2025, pp. ; ARRUTI BENITO, S., «La conciliación judicial, notarial o registral, regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: es necesario un nuevo modelo conciliatorio», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023,

Nota 108 en página siguiente

3.3.2. Conciliación privada

La privada es la que constituye una novedad en cuanto a la regulación de los requisitos de la persona conciliadora y el proceso conciliador incorporado en la LOESPJ en los arts. 15 y 16. La persona conciliadora, experta en una materia jurídica o técnica, puede formular directamente a las partes posibles soluciones (art. 16, apartado g) LOESPJ)¹⁰⁹, a diferencia de la mediación facilitativa.

3.4. Opinión de persona experta independiente

Es un MASC que tiene su fundamento en la *expertise* de un profesional que puede aportar la solución a una controversia técnica en su informe. A nuestro entender, el perito, una figura intraprocesal, ha pasado a ser preprocesal con la LOESPJ. Si el juez o el tribunal toma fundamenta su decisión con base en el informe del experto, se puede anticipar su actuación en una fase inicial, antes de que se interponga la demanda¹¹⁰. Se define como un procedimiento no vinculante, diseñado para resolver conflictos mediante la intervención de un profesional con conocimientos jurídicos o técnicos especializados en la materia objeto

pp. 223-260; MARIÑO PARDO, F. M., «La conciliación notarial», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 339-358; MARIÑO PARDO, F., «Actuación notarial en los MASC», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 495-528. Para más detalles, JIMÉNEZ GALLEGU, C., Conciliación ante notario y modelos, véase también <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informe-oficina-notarial-abril-2025-conciliacion-ante-notario-y-modelos-por-carlos-jimenez-gallego/>

¹⁰⁸ ARRUTI BENITO, S., «La conciliación judicial, notarial o registral, regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: es necesario un nuevo modelo conciliatorio», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 223-260. AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J., «La conciliación ante el registrador», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 529-558.

¹⁰⁹ BELDARRAIN, J., «La conciliación privada», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 529-554; BLANCO GARCÍA, A. I., «La conciliación privada en el nuevo paradigma de justicia voluntaria», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 589-602; POLO HERNÁNDEZ, M., «La conciliación privada como método de solución de conflictos», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 555-596.

¹¹⁰ VIOLA DEMESTRE, I., «Opinión de persona experta independiente», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 639-670.

de la controversia. Una vez emitido el informe, las partes disponen de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora¹¹¹ con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto (art. 18.3 LOESPJ).

La identidad entre la actuación de la persona experto independiente y el perito se pone de manifiesto en la coincidencia de redacción del art. 18.6 LOESPJ¹¹² y el art. 335 LEC.

3.5. Oferta vinculante confidencial

Esta modalidad se centra en la oferta, una de las dos declaraciones de voluntad que son necesarias que concurran para que se manifieste el consentimiento contractual (art. 1262 Código civil español), con las particularidades que se derivan de su consideración de MASC en la LOESPJ (art. 17)¹¹³. En esencia, mediante la oferta vinculante confidencial una persona, oferente o requirente, realiza una propuesta de solución de la controversia que tiene con la persona a la que se dirige dicha oferta, requerida, con el compromiso de cumplir dicha oferta en caso de que la persona requerida la acepte.

Ha sido uno de los MASC que se ha cuestionado por cuanto que, en su formulación legal, poco se aprecia la actividad negociadora común a todos ellos hasta el punto de que se solicitó la supresión del artículo (entonces, el 16) durante la tramitación del Proyecto de Ley¹¹⁴. Se requiere que sea confidencial y asistencia letrada salvo en los casos en que la cuantía del asunto controvertido no supere los 2000 euros o cuando la ley sectorial no exija la intervención de letrado o letrada para la realización o aceptación de la oferta.

La distinción esencial entre cada uno de los MASC descritos se sitúa, primero, en si hay o no intervención de tercera persona en esta

¹¹¹ Es en este punto donde podemos apreciar una cierta actividad negociadora de las partes pues la sola emisión del dictamen puede asemejarse a un arbitraje aunque, a diferencia del laudo, el informe de la persona experta no es vinculante.

¹¹² «Su actuación deberá ser diligente y seguir los estándares propios de la actuación profesional que haya sido encomendada. Al emitir su informe, todo experto deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes».

¹¹³ ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Oferta vinculante confidencial», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 603-638.

¹¹⁴ Lo relata ROCA MARTÍNEZ, J. M., «La oferta vinculante confidencial», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 675-718, p. 694, nota 73.

actividad negociadora y, en caso afirmativo, en la concreta intervención de esta tercera persona¹¹⁵.

La LOESPJ ha excluido las reclamaciones de consumo de este presupuesto de procedibilidad. Sin embargo, nada impide que, voluntariamente, decidan acudir a uno de los MASC. Ciertamente, también, que, si acuden al Sistema Arbitral de Consumo, este arbitraje es gratuito, así como las actuaciones para tratar que las partes lleguen a un consenso (sin especificación de cuales son, aunque hasta la entrada en vigor del Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo, se invitaba a las partes a una mediación).

4. REFLEXIONES FINALES

Eficiencia, eficacia o efectividad. La decisión adoptada en la Ley Orgánica 1/2025 de establecer los MASC como presupuesto previo en los procesos civiles y mercantiles, respecto de materias disponibles y no excluidas por la propia Ley, podría tener un impacto en la reducción de la carga de los órganos jurisdiccionales civiles. O tal vez no.

Los MASC son lo que son: procesos autocompositivos de gestión de los conflictos, con o sin la intervención de una tercera persona con mayor o menor grado de intervención propositiva de soluciones según sea el MASC con base en la autonomía de la voluntad de las partes para llegar a acuerdos de solución de naturaleza transaccional. La intervención de una tercera persona puede ser meramente facilitativa del diálogo para que las personas que participan del mismo puedan realizar sus propias propuestas de solución o también propositiva, ofreciéndoles opciones de solución que podrán o no adoptar como forma de solucionar la situación¹¹⁶.

Esta autonomía de la voluntad también está en la elección del MASC más adecuado en una suerte de triaje. Se va a requerir determinar qué disputas deben manejarse bajo qué MASC con la dificultad que esto pueda conllevar¹¹⁷.

¹¹⁵ Un cuadro sinóptico con los MASC y sus aspectos esenciales puede consultarse en la web del Centro de mediación de Catalunya. [https://justicia.gencat.cat/ca/ambits/mediacio/mediacio_dretprivat/masc/index.html#googtrans\(ca|es\)](https://justicia.gencat.cat/ca/ambits/mediacio/mediacio_dretprivat/masc/index.html#googtrans(ca|es))

¹¹⁶ Coincidimos con I. ORDEÑANA GEZURAGA cuando afirma que «[...] el legislador ha adoptado una visión centrada en la eficiencia, entendida únicamente como reducción de la carga de trabajo de los tribunales, en lugar de valorar otras ventajas de las técnicas ADR, como el empoderamiento ciudadano y la cultura de la paz». ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Tuvimos un sueño... y se convirtió en pesadilla o Sobre la ordenación de las técnicas extrajudiciales en el ámbito privado mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia», La Ley. Mediación y arbitraje, núm. 22, 2025, resumen en Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10096620>

¹¹⁷ Menkel-Meadow ha sugerido que podría ser imposible determinar, de antemano, qué disputas deben ser tratadas por cada uno de los medios adjudicativo o cooperativo.

La decisión de alcanzar acuerdos de solución para evitar un pleito o poner fin a uno comenzado, esto es, la transacción, continúa residiendo en que constituya la mejor alternativa a acudir a la vía judicial, teniendo presente distintos elementos como la simetría de la información¹¹⁸, el abuso procesal¹¹⁹, los costes de agencia¹²⁰ y judiciales¹²¹.

En Derecho privado, el proceso es el último remedio, no el único¹²².

5 BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J., «La conciliación ante el registrador», en CALAZA LÓPEZ, SONIA; ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 529-558.
- ALCOCEBA GIL, J. M., «Algunas consideraciones en torno al discurso de la eficiencia de la justicia», *Foro, Nueva época*, vol. 25, núm. 2, 2022, pp. 301-317. <https://dx.doi.org/10.5209/foro.90770>
- ARANDA JURADO, María del Mar, «La negociación directa», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 357-390.
- ARMENTA-DEU, Teresa, *Privatización de la justicia (seguridad jurídica y abandono del proceso)*, 2013, pp. 1-13. https://www.researchgate.net/publication/292735705_PRIVATIZACION_DE_LA_JUSTICIA_SEGURIDAD_JURIDICA_Y_ABANDONO_DEL_PROCESO
- ARRUTI BENITO, Sara, «La conciliación judicial, notarial o registral, regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: es necesario un nuevo modelo conciliatorio», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 223-260.
- BARONA VILAR, Silvia, «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Ensayos, Año 18, N° 1, 2011, pp. 185-211.
- «¡Los MASC existen! Son medios de acceso a la justicia», en BARONA VILAR, S. (ed.), *MASC, to be or not to be?(medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 15-47.

¹¹⁸ SALVADOR CODERCH, P., «ABC de la transacción», *InDret*, 4/2002, pp. 6 y 7.

¹¹⁹ SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 7 a 9. Para SANTOS PASTOR, *Dilación, op. cit.*, p. 93: «A menudo es atractivo para el demandado incumplir sus obligaciones aprovechándose de la lentitud, los costes y las incertidumbres de los procedimientos. Una vez interpuesta la demanda, el deudor demandado carece de incentivos para llegar a un acuerdo y pagar hoy una cantidad que adeuda si puede posponerla tres años y con ello, además, abre la posibilidad de no tener que pagar si se produce algún error judicial».

¹²⁰ SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 6 y 7. Sobre los motivos que promueven que los abogados lleguen a acuerdos de solución con la contraparte, véase también SUBRIN, S. N., «A Traditionalist Looks at Mediation: It's Here to Stay and Much Better Than I Thought», *Nevada Law Journal*, Vol. 3, 2003, pp. 202-207.

¹²¹ SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 11-13. RAMOS ORTEU, F., «La decisión del consumidor de mediar o litigar con distintas reglas de recuperación de gastos», en CACHÓN CADENAS, M.; PÉREZ DAUDÍ, V., *Proceso y consumo*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 135-156.

¹²² SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 17.

- «MASC, tutela efectiva y vulnerabilidad, tres conceptos en busca de justicia integral: ¡por fin! (reflexiones con Michael Ende y su “historia interminable”))», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 29-64.
- BELDARRAIN, JAVIER, «La conciliación privada», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 529-554.
- BELLOSO MARTÍN, N., «Los medios adecuados de solución de conflictos (MASC) en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia: novedades y retos pendientes en un contexto de justicia deliberativa», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; LÓPEZ YAGÜES, Verónica; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Medios adecuados de solución de controversias: eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, 2023, pp. 67-108.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel, «La conciliación pública en la ley de jurisdicción voluntaria, ¿Nuevos horizontes?», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 261-305.
- «La conciliación privada en el nuevo paradigma de justicia voluntaria», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 589-602.
- BOSCH CARRERA, A., «El procedimiento de conciliación notarial y funciones del conciliador», *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 22, 2025, pp.
- CALAZA LÓPEZ, S., «Los gastos procesales: costas y costes de la Justicia», *Noticias Jurídicas*, 26/07/2024. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/19432-los-gastos-procesales:-costas-y-costes-de-la-justicia/>
- CALAZA LÓPEZ, SONIA; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, «Introducción: no hay MASC que por bien no venga», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 25-28.
- CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl, «La conciliación ante letrado de la administración de justicia», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 559-587.
- CAPELLA, Juan Ramon, *Elementos de Análisis Jurídico* Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 84-97.
- CARRETERO MORALES, E., «La actitud de las partes frente a los MASC y su posible incidencia en las costas procesales», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; LÓPEZ YAGÜES, Verónica y ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Medios Adecuados de Solución de Controversias: eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, 2023, pp. 1101-1132.
- CHABROUD, Charles; PRUGNON, Louis Pierre Joseph; et al. *Discussion de l'article 1er du titre II du nouveau projet sur l'ordre judiciaire relatif aux juges de paix, lors de la séance du 7 juillet 1790*. In: Tome XVI - Du

- 31 mai au 8 juillet 1790. <https://archives-parlementaires.persee.fr/prt/c6973960-53a3-414b-b0ed-4799074a7e2b>
- CONSEJO DE EUROPA, European judicial Systems CEPEJ Evaluation Report, Part 1 – general analyses. 2024 Evaluation cycle (2022 data). En adelante, CEPEJ 2024, parte 1. <https://rm.coe.int/cepej-evaluation-report-part-1-en-1680b272ac>.
- CRUZ, V. N. D., y SANDOVAL, M. M. G., «Mejora de la eficiencia operativa y la reducción del tiempo de inactividad: aplicación de Lean Six Sigma en instalaciones de recuperación de materiales», *Revista Latino-Americana De Inovação E Engenharia De Produção*, 12(21), 2024, pp. 4–23. <https://doi.org/10.5380/relainep.v12i21.93227>
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «Las costas en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 819-854.
- DÍAZ TARRAGÓ, Marcos Tomás, «Resolución de disputas contables por experto independiente en el ámbito de la compraventa de empresas», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 597-628.
- DRUCKER, Peter F., *The effective executive*, New York, Collins, 2006.
- ESTEVE ESTEVE, P., «Abogado colaborativo. Una nueva forma de resolución de conflictos», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 115, núm. 1, 2016, pp. 71-95.
- FERREIRO BAAMONDE, X., «El abuso del servicio público de justicia en la ley orgánica 1/2025 de medidas de eficiencia procesal», en ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (Dir.), *Repensando la jurisdicción*, Congreso Internacional, Universidad de Cádiz, 2025.
- , «El abuso del servicio público de justicia y el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 35-80.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos, «El principio de autonomía de la voluntad en su desarrollo (art. 4 LO 1/2025)», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 117-139.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, 3ª edición, Barcelona, Deusto, 2025.
- GARCIA ODGERS, Ramon, *El Case Management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Los MASC en la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia: muchos caminos para la concordia», *Dossier Análisis, alcance y repercusión de los MASC en la futura LMEP*, Aranzadi, 2023, pp. 5 - 16. <https://www.larraurimarti.com/imagenes/paginas/dossier-aranzadi-repercusion-de-los-masc-2222.pdf>
- GUTIÉRREZ MOLINA, Leire, «La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko;

- SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 391-412.
- «La negociación por medio de Abogad@», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 391-418.
- JEREZ DELGADO, C., «Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 807, 2025, pp. 191-226.
- KELSEN, Hans, «Teoría pura de derecho», Traducción a cargo de Gregorio Robles y Felix F. Sánchez, Editorial Trotta, S.A., 1ª edición de 1934, 2011-2023. <https://elibro-net.sire.ub.edu/es/lc/craiub/titulos/246922>
- LAUROBA LACASA, María Elena y TUR, Montserrat, «Gestionar els conflictes mitjançant el “Dret Col·laboratiu”: una opció amb futur», *Món jurídic*, núm. 315, diciembre 2017, enero 2018, pp. 19-20. <https://www.icab.cat/export/sites/icab/galleries/documents-publicacions/mon-juridic-num.-315-desembre-2017-gener-2018.pdf>
- LAUROBA LACASA, María Elena, «El derecho colaborativo como ADR y como herramienta de la abogacía del futuro», en Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, CARLO PILIA, CARLOS AGURTO GONZÁLES, SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI, BENIGNO CHOQUE CUENCA (coords.), *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, Editorial Juruá, 2020, pp. 43-60.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica, «La mediación y otros MASC bajo el paraguas de un nuevo concepto del derecho de acceso a la justicia y el deber de asegurar la eficacia y la sostenibilidad del sistema», en CALAZA LÓPEZ, SONIA, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 135-172.
- , «La mediación», en CALAZA LÓPEZ, SONIA; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 419-494.
- MARIÑO PARDO, F. M., «La conciliación notarial», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 339-358.
- «Actuación notarial en los MASC», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 495-528.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «Negociación previa o litigación: susto o muerte», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 413-460.
- MENKEL-MEADOW, C., «Whose Dispute Is It Anyway: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)», *Georgetown Law Journal*, vol. 83, no. 7, septiembre 1995, pp. 2663-2696.
- «Alternative and Appropriate Dispute Resolution in Context Formal, Informal, and Semiformal Legal Processes», en COLEMAN, Peter T.; DEUTSCH, Morton; MARCUS, eric c. (eds.), *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, Wiley, 2014, pp. 1-28.

- MORA-SANGUINETTI, J. S., «Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la justicia en España», *Boletín económico – Banco de España*, núm. 1 (2016), pp. 33-41. https://s03.s3c.es/imag/doc/2016-02-01/InformeBdE_tasaLitigios.pdf
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La negociación en cuanto a mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos o sobre el alma de los mecanismos extrajudiciales. Análisis crítico de la regulación propuesta en el marco del Plan Justicia 2030», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 461-528.
- «Concepto y caracterización de los medios adecuados de solución de conflictos», en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 65-96.
- «Tuvimos un sueño... y se convirtió en pesadilla o Sobre la ordenación de las técnicas extrajudiciales en el ámbito privado mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia», *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 22, 2025, resumen en Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10096620>
- PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia!: política judicial y economía*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- «Dilación, eficiencia y costes: ¿Cómo ayudar a que la imagen de la Justicia se corresponda mejor con la realidad?», *Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia*, Documentos de trabajo núm. 5, Fundación BBVA, 2003.
- «Eficacia y eficiencia de la justicia», *Papeles de economía española*, núm. 95, 2003, pp. 272-305.
- PASTOR PRIETO, S. y ROSALES LÓPEZ, V., «Dos dimensiones de la eficiencia de la justicia», *Economistas*, año 23, núm. 105, 2005, pp. 103-114.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Los MASC como requisito de procedibilidad», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 141-158.
- PÉREZ DE PRADA, M. M., DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes, «Las costas y multa por “uso abusivo de la administración de justicia”», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 855-880.
- PÉREZ RAGONE, Á., «Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal: el puente de la justicia procedimental», en PRIORI POSADA, Giovanni (coord.), *Derecho Material y proceso. El modo cómo el proceso se adecua a la tutela del derecho material*, Lima, Palestra, 2017, pp. 57-80.
- PLANCHADELL-GARGALLO, A., «Acceso a una justicia próxima y MASC: binomio necesario», en BARONA VILAR, SILVIA. (ed.), *MASC, to be or not to be? (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 49-74.
- POLO HERNÁNDEZ, M., «La conciliación privada como método de solución de conflictos», en CALAZA LÓPEZ, Sonia, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 555-596.

- RAMOS ORTEU, F., «La decisión del consumidor de mediar o litigar con distintas reglas de recuperación de gastos», en CACHÓN CADENAS, M.; PÉREZ DAUDÍ, V., *Proceso y consumo*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 135-156.
- ROCA MARTÍNEZ, J. M. «La oferta vinculante confidencial», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 675-718.
- «Oferta vinculante confidencial», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 603-638.
- SALVADOR CODERCH, P., «ABC de la transacción», *InDret*, 4/2002, pp. 1-20.
- SAMUELSON, W. F., «Settlements out of Court: Efficiency and Equity», *Group Decision and Negotiation* 7, 1998, pp. 157-177. <https://doi.org/10.1023/A:1008602608852>
- SERRANO HOYO, G., «Consecuencias procesales derivadas de la no evitación del proceso a través de los MASC: en especial, en materia de costes y multas», en CALAZA
- LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 881-947.
- SHAVELL, S., «Economic Analysis of Litigation and the Legal Process», National Bureau of economic research, Working paper 9697, may 2003, pp. 1-66. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w9697/w9697.pdf
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Los tres pilares que favorecen que una mediación sea eficiente y el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal», en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 173-220.
- SOLETO MUÑOZ, H., *El abogado colaborativo*, Madrid, Tecnos, 2017.
- «El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos», en Soletto Muñoz, H. (dir.); CARRETERO MORALES, E.; RUIZ LOPEZ, C., *Mediación y resolución de conflictos: MASC, técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2025, p. 26
- STERNLIGHT, J. R., «ADR Is Here: Preliminary Reflections on Where It Fits in a System of Justice», *Nevada Law Journal*, vol. 3, no. 2, Winter 2002/2003, pp. 289-304.
- STIENSTRA, D., JOHNSON, M., LOMBARD, Patricia y PECHERSKI, Melissa; *Report to the Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management: A Study of Five Demonstration Programs Established Under the Civil Justice Reform Act of 1990* (Federal Judicial Center, 1997). <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/0024.pdf>.
- SUBRIN, S. N., «A Traditionalist Looks at Mediation: It's Here to Stay and Much Better Than I Thought», *Nevada Law Journal*, Vol. 3, 2003, pp. 196-231.
- SUCUNZA TOTORICAGÜENA, S., «El derecho colaborativo», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 671-698.

- VALLEJO PÉREZ, G., *Métodos alternativos de resolución de conflictos en derecho romano: especial referencia a la mediación*, Madrid, Dykinson, 2018.
- VIOLA DEMESTRE, I., «Opinión de persona experta independiente», en CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Guía práctica de los MASC*, Las Rozas, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 639-670.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 441-470

DOI: 10.37417/VSECC/16

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

MODERACIÓN DE CONTENIDOS Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES: HACIA UNA NUEVA ARQUITECTURA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DIGITAL. DOS VÍAS PARA DOS TIPOS DE CONFLICTO: EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO FRENTE AL MODELO DE LA DIRECTIVA ADR.

Rosa BARCELÓ COMPTE

Profesora lectora de Derecho Civil

Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. DEL CONSUMIDOR AL DESTINATARIO DEL SERVICIO: ¿NUEVO SUJETO PROTEGIDO EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES?.— 2. EL CONSUMIDOR DIGITAL Y EL MERCADO DE LAS EMOCIONES.— 3. MODERACIÓN DE CONTENIDO Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS: 3.1. Contenido ilícito y/o contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales: 3.1.1. *El contenido ilícito*; 3.1.2. *El contenido lícito, pero incompatible con las condiciones generales*; 3.1.3. *El art. 14 del Reglamento: de la transparencia procedimental a la garantía ¿sustantiva? de derechos fundamentales*: 3.1.3.1. *El control de incorporación el art. 14.1*; 3.1.3.2. *Control, ¿de contenido?: el respeto de los derechos fundamental de los destinatarios del servicio en la moderación del contenido*; 3.2. La resolución extrajudicial del art. 21: qué y para qué; 3.3. La resolución alternativa de litigios en consumo: ¿hacia una diferenciación por tipo de conflicto?.— 4. REFLEXIONES FINALES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿DE VALOR POLÍTICO A SERVICIO PARA EL CONSUMIDOR?.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. DEL CONSUMIDOR AL DESTINATARIO DEL SERVICIO: ¿NUEVO SUJETO PROTEGIDO EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES?

El concepto de consumidor en el Derecho de la Unión Europea no responde a una noción única y uniforme. No obstante, las Directivas y Reglamentos suelen incorporar una definición que, a sus efectos, siempre es la misma (por ejemplo, véanse las definiciones contenidas en los arts. 2.1 de la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, 2.2 de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de la compraventa de bienes o 2.6 de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales) ¹.

Además, el concepto de consumidor no puede analizarse de forma aislada, sino que debe entenderse en relación con la figura contrapuesta del profesional. La normativa europea exige que la otra parte del vínculo jurídico actúe en el marco de su actividad comercial, empresarial o profesional. Esta exigencia se refleja en las definiciones de «comerciante» (art. 2.2 de la Directiva 2011/83) y de «empresario» (arts. 2.2 de la Directiva 2019/771 y 2.6 de la Directiva 2019/770).

El Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales (en adelante, el Reglamento), en su artículo primero, señala que su objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios estableciendo normas armonizadas para crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta, *incluido el principio de protección de los consumidores*. Así, el consumidor ya nos aparece en el primer artículo. Sin embargo, la categoría que predomina en este texto no es la del consumidor, sino la del *destinatario del servicio*.

Nótese que el Reglamento define a este último como *toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermediario, en particular para buscar información o para hacerla accesible* (art. 3, letra b). El eje central, por tanto, se sitúa en la información: el intermediario actúa

¹ * Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución de la Cátedra UB-ACC sobre «Estudios de consumo y resolución alternativa de litigios» y del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 i por FEDER (UE).

L. ARNAU RAVENTÓS, «El concepte de consumidor», en L. ARNAU RAVENTÓS (Coord.): *Dret català de consum*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 40.

como facilitador de su acceso o como canal a través del cual el destinatario puede expresarse y hacer llegar su mensaje a otros usuarios. En este sentido, el destinatario participa en un discurso mediado por la plataforma, que proporciona la infraestructura necesaria tanto para la expresión como para la circulación de la información.

El considerando segundo del Reglamento, en su parte final, aclara que el término «destinatarios del servicio» incluye tanto a los usuarios profesionales como a los consumidores y a otros usuarios. Por tanto, el concepto de destinatario tiene un alcance más amplio que el de consumidor, aunque este último queda comprendido en él.

El Reglamento adopta así una categoría funcionalmente más inclusiva, si bien dedica una atención específica al consumidor en la sección 4 del capítulo III, titulada «Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes» (arts. 28 a 32). Además, el término «consumidor» aparece en otros preceptos del Reglamento, aunque de forma dispersa y sin una sistematización clara. Cabe destacar, por ejemplo, el art. 90, que modifica el anexo I de la Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, incluyendo expresamente el Reglamento de Servicios Digitales entre los actos cuya infracción puede dar lugar a este tipo de acciones².

Además, y dentro de la categoría de destinatarios del servicio, siempre que las actividades vayan más allá de la mera búsqueda y provisión de información, los destinatarios pasan a ser considerados «activos» en el sentido que plantean los arts. 3 letras p y q.³

Con relación a la figura del comerciante, el Reglamento lo define como *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o en su representación, con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión* (art. 3, letra f), aunque dicha categoría solo sea relevante en el art. 6.3 y en la sección 4^a. La otra figura principal del Reglamento es la del *prestador del servicio intermediario* (art. 3, letra g) que incluye uno de los tres siguientes servicios de la sociedad de la información: *mera transmisión, memoria caché o alojamiento de*

² En ocasiones, además, el Reglamento se refiere a los consumidores cuando en realidad se está refiriendo a todos los destinatarios del servicio. Así, en el cdo. 59, expone la cuestión relativa a la resolución extrajudicial que plantea el Reglamento y hace referencia a los consumidores cuando no sólo estos pueden acceder a este sistema de resolución alternativa (véase el art. 21.1 del Reglamento).

³ H.-W MICKLITZ, «Dissolution of EU Consumer Law Through Fragmentation and Privatisation», en N. Helberger, B. Kas, H.-W Micklitz, M. Namysłowska, L. Naudts, P. Rott, M. Sax, M.V. Brussels, *Digital Fairness for Consumers*, BEUC: The European Consumer Organization, Bruselas, 2024, p. 77.

datos. Además, si bien el Reglamento no contiene una definición de plataforma⁴, sí que incluye la de *plataforma en línea* (art. 3, letra k) y de *motor de búsqueda en línea* (art. 3, letra i).

La aparición de nuevas categorías jurídicas está desdibujando la tradicional distinción entre consumidor y comerciante o empresario, lo que contribuye a una progresiva erosión del Derecho de consumo. Esta erosión se manifiesta especialmente en la creciente fragmentación normativa, observable no solo en el Reglamento, sino también en el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y el Reglamento 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital⁵, que introducen regímenes jurídicos diferenciados que se alejan del marco protector clásico del consumidor.

2. EL CONSUMIDOR DIGITAL Y EL MERCADO DE LAS EMOCIONES

El paradigma clásico de la protección al consumidor se fundamenta en una concepción del consumidor como un sujeto interesado en la adquisición de bienes y servicios con valor económico directo⁶. Así, el imaginario económico ha constituido un elemento estructural del derecho europeo del consumidor desde sus orígenes, orientando de manera decisiva la configuración de sus principales instrumentos normativos. Por ejemplo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del consejo, de 11 de mayo de 2005, relativas a las prácticas comerciales desleales, hace referencia explícita, en su art. 1, a las prácticas comerciales desleales que perjudiquen los *intereses económicos* de los consumidores⁷.

⁴ *Ibid.*, p. 99.

⁵ Esta idea de erosión del derecho de consumo la plantean F. DE ELIZALDE, «Fragmenting Consumer Law Through Data Protection and Digital Market Regulations: The DMA, the DSA, the GDPR, and EU Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, p. 358; H.-W. MICKLITZ, «Dissolution of EU Consumer Law Through Fragmentation and Privatisation...», *op. cit.*, p. 141 y M. NAMYSŁOWSKA, «The Silent Death of EU Consumer Law and Its Resilient Revival: Reinventing Consumer Protection Against Unfair Digital Commercial Practices», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, pp. 317-336.

⁶ Véase un resumen del origen del derecho de consumo moderno en M. GROCHOWSKI, «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?», en C. CREA, A. DE FRANCISCHI (Eds.): *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Nomos, Baden-Baden, 2024, p. 204. También H.-W. MICKLITZ, I. DOMURATH, «EU Digital Private Law: Tattering or New Beginning?», *European Review of Contract Law*, vol. 20, núm. 4, p. 316.

⁷ Sin embargo, observamos que 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 con sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (2021/C 526/01) lo matiza: *Por el contrario, las normativas nacionales que tengan por objeto proteger los intereses económicos de los consumidores, aun cuando abarquen otros intereses, sí entran en su ámbito de aplicación*, (C-526/7).

Sin embargo, los patrones de consumo contemporáneos desbordan ampliamente este marco. Cada vez con mayor frecuencia, los consumidores acceden al mercado con el propósito de alcanzar fines inmateriales, como experimentar emociones, construir vínculos sociales o expresar su identidad personal⁸. En este contexto, el marco normativo tradicional puede resultar insuficiente para abordar la creciente complejidad que puede resultar de las relaciones con los consumidores en el entorno digital. De esta modo, la digitalización de la economía ha propiciado la mercantilización de activos como las emociones, las interacciones sociales y la autoexpresión, los cuales trascienden el valor económico clásico y desafían los límites del régimen jurídico de protección al consumidor⁹. Así, puede hablarse de una evolución en los intereses de los consumidores, que pasan de un enfoque tradicional en la adquisición de productos o servicios (intereses *clásicos*), a una nueva orientación vinculada a los servicios digitales y al ejercicio de ciertos derechos en el entorno en línea (intereses *emergentes*)¹⁰. La doctrina empieza a cuestionar si estos intereses emergentes deben quedar bajo el ámbito de aplicación del derecho de consumo o si, por el contrario, pertenecen a otros dominios como la libertad de expresión u otros derechos fundamentales¹¹. Como veremos más adelante, el Derecho de consumo empieza a extender su protección, también, a los valores que el consumidor desea comunicar cuando ejerce una opción en el mercado¹².

⁸ M. GROCHOWSKI, «Consumer Law for a Post-Consumer Society», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, número 1, 2023, p. 1.

⁹ M. GROCHOWSKI, «Digitalization», en H-W. MICIKLITZ, M. NAMYSLOWSKA, *Elgar Concise Encyclopedia of Consumer Law*, 2024, p. 3. V. MAK, «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society», *European Law Open*, 204, 3, p. 17 y 18. También, M. GROCHOWSKI, «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?...», *op. cit.*, pp. 209 y 210. Este último destaca que los intereses emergentes de los consumidores se inscriben en la sociedad del post-consumismo, un contexto en el que el usuario concibe el mercado como un instrumento para la búsqueda de emociones positivas, el fomento de relaciones sociales y el crecimiento personal, en detrimento de la simple adquisición de bienes.

¹⁰ Con relación a las plataformas en línea, las conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe en el asunto C-401/19, República de Polonia contra Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, subrayan el papel esencial que desempeñan estos servicios para facilitar la expresión en el entorno digital. Así, en el párrafo 103 se indica que: «Lo mismo ocurre, más concretamente, con las grandes plataformas y redes sociales que, al permitir a cualquier persona publicar en línea los contenidos que desee y al público acceder a ellos, constituyen una herramienta «sin precedentes» para el ejercicio de esta libertad. En esa medida, tales plataformas contribuyen a la «democratización» de la producción de información y, a pesar de estar gestionadas por operadores privados, se han convertido, de hecho, en infraestructuras esenciales para la expresión en línea. En el actual estado de los medios de comunicación, el derecho a la libertad de expresión implica, pues, en particular, la libertad de acceder a esas plataformas y manifestar su opinión en ellas, en principio, sin injerencia de autoridades públicas».

¹¹ M. GROCHOWSKI, «Digitalization ...», *op. cit.*, p. 3.

¹² M. GROCHOWSKI, «Freedom of Speech, Consumer Protection and the Duty to Contract», en C. MAK y B. KAS (Eds.), *Civil Courts and the European Polity*, Hart Publishing, Oxford, 2023, p. 132.

En línea con lo señalado, el Derecho contractual de consumo ha incorporado el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (así, por ejemplo, véase el art. 621-67.1 del Código civil de Cataluña) que se configura como un contrato oneroso en virtud del cual una parte se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales y la otra a pagar un precio en dinero o a facilitar sus datos para finalidades diferentes de las necesarias para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del suministrador o para que este cumpla los requisitos legales exigibles. Así pues, la onerosidad del contrato la podemos observar, también, en el intercambio en base a los datos personales del consumidor¹³. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 25 de enero de 2018 (*Schrems*, C-498/16)¹⁴ ya constató la relación de consumo existente entre el usuario de la red social y la plataforma (en el caso, Facebook), siempre que el consumidor accediera a la plataforma con una finalidad no profesional. Desde un punto de vista de Derecho nacional, y sin ánimos de ser exhaustivos, la sentencia III ZR 3/21 del *Bundesgerichtshof* (BGH) concluyó que la condición general de Facebook que establecía la obligación de usar el nombre real (*Klarnamenspflicht*) en las condiciones generales de uso de la red social causaba un desequilibrio significativo en los derechos de las partes en perjuicio del consumidor, al no superar el control de contenido establecido en el derecho civil alemán¹⁵. El Tribunal realizó una evaluación exhaustiva y un equilibrio de los intereses y posiciones de derechos fundamentales en conflicto de ambas partes, haciendo referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para determinar este desequilibrio, el tribunal no se centró en un perjuicio económico, sino que se remitió directamente a la libertad de

¹³ F. SZILÁGYI, «Personal Data as Consideration for the Facebook Service», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, número 4, 2022, pp. 154-161. También C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, núm. 6, 2015, p. 218.

¹⁴ STJUE de 25.01.2018, *Schrems* (asunto C-498/16 [ECLI:EU:C:2018:37]).

¹⁵ En la sentencia III ZR 3/21 el BGH dictaminó que la cláusula de uso del nombre real era inválida porque no superaba el control de contenido según los §§ 307 y siguientes del Código Civil alemán (BGB). Específicamente, se presumía una desventaja irrazonable del contratante («*unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners*») porque la cláusula se desviaba de la disposición de la ley alemana de Telemedia (§ 13 Abs. 6 Satz 1 TMG en su versión anterior), que exigía que los proveedores de telemedia permitieran el uso anónimo o con seudónimo, siempre que fuera técnicamente posible y razonable. Asimismo, el Tribunal realizó una evaluación exhaustiva y un equilibrio de los intereses y posiciones de derechos fundamentales en conflicto de ambas partes, haciendo referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concluyó que los intereses de la red social en una obligación de utilizar el nombre real cedían ante el interés de los usuarios de no ser fácilmente identificables por terceros. Aunque la Directiva de cláusulas abusivas no fue la base legal directa invocada por el BGH, los principios que subyacen a la decisión del BGH son coherentes con el concepto de «desequilibrio significativo» que define una cláusula abusiva en el derecho de consumo de la UE. En definitiva, la decisión del BGH implicó que la imposición de la obligación de utilizar nombre real limitaba desproporcionadamente los derechos fundamentales de los usuarios y generaba un desequilibrio contractual que resultaba en un perjuicio para el consumidor.

expresión (art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales). A ello volveremos más adelante en este trabajo.

Constatamos, pues, que la normativa de protección de los consumidores, si bien orientada inicialmente a la protección de intereses con una dimensión económica clara, empieza a abrirse a otros intereses, emergentes, tales como la voluntad de participar en el discurso social intermediado por la plataforma que opera como un canal de comunicación *público* y que le ofrece, al consumidor, un servicio digital. Intereses que se relacionan, veremos, con los derechos fundamentales como la libertad de expresión. Así en la sentencia mencionada (en la línea también de las sentencias III ZR 179/20 y III ZR 192/20¹⁶) el BGH subraya la relevancia estructural de las redes sociales como espacios de interacción social y participación en el discurso público¹⁸.

Observamos, pues, que las plataformas digitales han configurado un nuevo paquete de servicios para el consumidor, erigiéndose en intermediarias que no solo facilitan el acceso a la información, sino que también construyen y sostienen las relaciones sociales¹⁹. El reto para el Derecho de consumo consiste en determinar cómo proteger al consumidor frente a estos intereses emergentes: si mediante los instrumentos tradicionales o apostando por enfoques más evolutivos —como el que propone el Reglamento—, en un escenario donde ambos modelos coexisten y parecen responder a distintos tipos de conflicto.

3. MODERACIÓN DE CONTENIDO Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS

Las plataformas digitales adoptan decisiones que inciden directamente en los derechos individuales cada vez que determinan si eliminar un contenido, suspender o cancelar cuentas, o imponer otras restriccio-

¹⁶ Sentencias de 29 de julio de 2021, asuntos III ZR 179/20 y III ZR 192/20. Véase, por todo, T. SPRENGER, «Enforcing Put Backs in German and European Law», *GRUR International Journal of European and International IP Law*, vol. 72, núm. 10, 2023, p. 937. También hace referencia a ellas, M. GROCHOWSKI «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?...», *op. cit.*, p. 213; *Id.*, «Consumer Vulnerability: A Genealogy», en S. GRUNDMANN y P. SIRENA, *European Contract Law and Future Challenges*, Intersentia, Louvain-La-Neuve, 2025, p. 44 y ss. y V. MAK, «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society...», *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ R. JANAL, «Impacts of the Digital Services Act on the Facebook “Hate Speech” Decision by the German Federal Court of Justice», en A. VON UNGERN-STERNBERG (ed.): *Content Regulation in the European Union, The Digital Services Act*, Verein für Recht und Digitalisierung e.V. Institute for Digital Law Trier (IRDT), Volume 1, 2023, p. 119 y sig.

¹⁸ M. GROCHOWSKI, «Consumer Law for a Post-Consumer Society», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, número 1, 2023, p. 3 y V. MAK, «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society...», *op. cit.*, p. 18.

¹⁹ M. GROCHOWSKI, «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?...», *op. cit.*, p. 211.

nes —como ocurre con prácticas como el *shadow banning*²⁰—. Estas decisiones afectan no solo a los usuarios que publican el contenido, sino también a terceros que buscan mecanismos de reparación cuando sus intereses no son respetados por las plataformas. En este sentido, el art. 16 del Reglamento permite que cualquier persona física o jurídica notifique a la plataforma la presencia de elementos concretos de información que considere ilícitos²¹. Este mecanismo amplía el alcance de la protección al reconocer la legitimación activa de terceros afectados.

La moderación de contenidos, definida en el art. 3, letra *t*, incluye todas las actividades —automatizadas o no— realizadas por los prestadores de servicios intermediarios destinadas a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones generales, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado²². El legislador establece así un marco normativo que regula el procedimiento mediante el cual se adoptan decisiones de moderación de contenidos²³.

Sin embargo, en lo que respecta al contenido de dichas condiciones generales, las plataformas conservan un amplio margen de autonomía: pueden definir libremente las cláusulas que rigen la relación contractual con sus usuarios, lo que plantea interrogantes sobre el equilibrio entre libertad empresarial y protección de derechos fundamentales, como veremos más adelante.

El Reglamento señala que las normas sobre moderación de contenidos deben ser claras, sencillas y redactadas con lenguaje claro (art. 14.1) y los prestadores de servicios intermediarios deben actuar de forma diligente, objetiva y proporcionada para aplicar y hacer cumplir las restricciones incorporadas en las condiciones generales (art. 14.4)²⁴. Además, la moderación de contenidos debe ir acompañada por una declaración de motivos. Nótese aquí que el art. 17 indica que esta declaración debe ser clara y específica²⁵. En esta misma línea, los

²⁰ Con relación al *shadow banning*, véase P. LEERSEN, «An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation», *Computer Law & Security Review*, vol. 48, 2023, pp. 1-13.

²¹ P. ORTOLANI, «If You Build It, They Will Come», en J. VAN HOBOKEN, J. P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. FAHY, I. BURI y M. STRAUB: *Putting the DSA into Practice*, Berlin, Verfassungsblog gGmbH, 2023, p. 153.

²² La moderación de contenidos también puede entenderse como aquella actividad que prevé los mecanismos de gobernanza que estructuran la participación en una comunidad para facilitar la cooperación y prevenir abuso, J. GRIMMELMANN, «The Virtues of Moderation», *7 Yale Journal of Law & Technology* 42 (2015). p. 47.

²³ M. HUSOVEC, «Rising Above Liability: The Digital Services Act As a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, 2023, p. 118.

²⁴ Por todo, véase *infra* apartado 1.3.

²⁵ Sobre esta cuestión, véase la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam (Rechtbank Amsterdam), de 5 de julio de 2024, en el asunto *Danny Mekić v. X* (antes Twitter), en la que se declaró que la plataforma había vulnerado el art. 17 del Reglamento al aplicar una restricción

prestadores de servicio intermediario deberán publicar un informe anual sobre la actividad de moderación de contenidos llevada a cabo²⁶.

El Reglamento establece un esquema general en materia de moderación de contenidos que se articula principalmente en torno a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea (arts. 16 y 17). Estos deben implementar mecanismos de notificación y acción que permitan a cualquier persona física o jurídica comunicar la presencia de un contenido que considere ilícito (art. 16). Conviene subrayar que el art. 16 se refiere exclusivamente al contenido ilícito, y no al contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales del servicio, regulado en el art. 14 (véase *infra* apartado 1.2).

Por el contrario, el art. 17 impone a los prestadores de servicios de alojamiento de datos la obligación de proporcionar una declaración de motivos clara y específica a cualquier destinatario del servicio afectado por una restricción derivada de que la información facilitada constituya contenido ilícito o incompatible con las condiciones generales de la plataforma. En el caso de las plataformas en línea, además, deberán contar con un sistema interno de gestión de reclamaciones (art. 20) y garantizar el acceso a un organismo de resolución extrajudicial de litigios (véase *infra* apartado 2).

Como veremos a continuación, cualquier persona —física o jurídica— puede notificar la presencia de contenido ilícito. Los prestadores están obligados a facilitar el envío de dichas notificaciones (arts. 16.1 y 16.2), que deben ser tratadas de forma diligente, no arbitraria y objetiva, y en un plazo razonable (art. 16.6). Finalmente, y como se abordará más adelante, la moderación de contenidos debe respetar los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas (art. 14.4).

3.1. Contenido ilícito y/o contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales

El Reglamento contempla la moderación de contenido ilícito y, también, del contenido que sea lícito pero incompatible con las condiciones generales de las plataformas (lo que se denomina *lawful but harmful content*)²⁷. Vamos a analizar detenidamente cada una de estas categorías en las siguientes líneas.

de visibilidad (*shadow banning*) sin notificación ni explicación al usuario afectado. El tribunal reconoció la infracción del deber de motivación y concedió una indemnización simbólica, además de ordenar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia.

²⁶ Por ejemplo, en el siguiente link se puede observar el informe presentado por *Linkedin* en agosto: <https://content.linkedin.com/content/dam/help/tns/en/August-2025-Digital-Services-Act-Transparency-Report.pdf>

²⁷ M. HUSOVEC, «Rising Above Liability: The Digital Services Act As a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules...», *op. cit.*, p. 906.

3.1.1. El contenido ilícito

El art. 3, letra *h*, del Reglamento define el contenido ilícito como *toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho*.

Esta definición, de alcance notablemente amplio, remite al conjunto del ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar qué debe entenderse por contenido ilícito en el marco del Reglamento. Esta remisión genera una fragmentación normativa, ya que lo que se considera ilícito puede variar de forma significativa entre distintas jurisdicciones nacionales²⁸. El considerando 12 del Reglamento justifica esta amplitud conceptual al señalar que el término abarca toda información relacionada con contenidos, productos, servicios y actividades de carácter ilícito. Entre los ejemplos que proporciona se encuentran los delitos de incitación al odio, los contenidos terroristas, los contenidos discriminatorios ilícitos, el intercambio de imágenes que representen abusos sexuales de menores, la difusión no consentida de imágenes privadas, el acoso en línea, la venta de productos falsificados o no conformes, la prestación de servicios que vulneren la normativa de protección de consumidores, el uso no autorizado de obras protegidas por derechos de autor, la oferta ilegal de servicios de alojamiento o la venta ilícita de animales vivos. El considerando 68 añade que también la publicidad en línea puede constituir contenido ilícito.

Cabe destacar que esta definición se refiere exclusivamente al contenido ilícito, sin abarcar el contenido lícito que puede resultar problemático o perjudicial o contrario a las condiciones generales de las plataformas (art. 14). En este contexto, pues, cualquier elemento informativo en línea puede ser considerado contenido ilícito si vulnera el ordenamiento jurídico aplicable, y el Reglamento incorpora referencias explícitas al Derecho de consumo en sus considerandos²⁹. No obstante, la definición presenta cierta indeterminación³⁰, lo que ha generado debate doctrinal sobre su alcance y aplicación³¹.

²⁸ M. HUSOVEC, *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, Oxford University Press, 2024, p. 31.

²⁹ P. ORTOLANI, C. GOANTA, «Unpacking content moderation: The rise of social media platforms as online civil courts», en X. KRAMER, J. HOEVENAARS, B. KAS y E. THEMELI, *Frontiers in Civil Justice: Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 203.

³⁰ P. ORTOLANI, «The resolution of content moderation disputes under the Digital Services Act» (2022) 2 *Giustizia Consensuale*, 2-2002, p. 543. También F.K. MAURITZ, «To Define Is Just to Define. Illegal content according to Article 3 lit. h DSA and the conflict of laws», en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2024. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/to-define-is-just-to-define/>

³¹ Milós NOVOCIC, *The EU Digital Services Act (DSA): A Commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2024, (pp. 43 y ss).

3.1.2. *El contenido lícito pero incompatible con las condiciones generales*

Una categoría especialmente relevante en el marco del Reglamento es la del contenido lícito que resulta incompatible con las condiciones generales de las plataformas. El art. 3, letra *u*, define estas condiciones como todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio.

El considerando 45 del Reglamento reconoce expresamente que los prestadores de servicios intermediarios pueden establecer normas sobre el *contenido*, aplicación y ejecución de sus condiciones generales. No obstante, esta habilitación normativa no exime del control sustantivo sobre el contenido de dichas cláusulas si el contrato se celebra con un consumidor, debiendo superar el test de abusividad^{32 33}.

La gobernanza interna de las plataformas se articula, por tanto, a través de la contratación individual con los usuarios, mediante condiciones generales que adoptan diversas denominaciones³⁴. Esta libertad contractual convierte a las plataformas en *private rule-makers*³⁵, es decir, en entidades que ejercen una forma de regulación privada del discurso digital, con implicaciones directas —como veremos más adelante en este texto— para la libertad de expresión de los destinatarios del servicio³⁶. La remoción de contenido, ya sea ilícito o simplemente incompatible con las condiciones generales, puede implicar una intervención excesiva en dicha libertad. Algunos autores sostienen que esta responsabilidad debería corresponder al Estado, y no a las plataformas, que tienden a bloquear de forma preventiva

³² Véase, también, E. ARROYO AMAYUELAS, «Art. 14 DSA. Terms and Conditions», en SCHULZE, STAUDENMAYER, *EU Digital Law*, Nomos, Beck Hart, 2ª ed., 2025, Baden-Baden, München, Oxford, p. 773.

³³ Esta exigencia ya fue confirmada por el TJUE en la sentencia de 28 de julio de 2016 en la que se declaró abusiva una cláusula que fijaba la ley aplicable sin informar al consumidor de que seguiría gozando de la protección de las normas imperativas de su país de residencia habitual, así, STJUE de 28.7.2016, *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl*, (asunto C-191/15 [ECLI:EU:C:2016:612]).

³⁴ Así, *Community Guidelines* (YouTube), *Normas de la comunidad* (Facebook), *Reglas de participación* (LinkedIn), entre otras. Esta diversidad terminológica refleja la autonomía contractual de las plataformas, que se traduce en una capacidad normativa significativa.

³⁵ M. BERBERICH, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en B. STEINRÖTTER, C. HEINZE, M.N. DENG, *EU Platform Law. A Handbook*, Beck Hart Nommos, Baden-Baden, München, Oxford, 2025, p. 122.

³⁶ *Ibid.*, p. 122. Esta idea ha sido recogida también por el abogado general Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe en el asunto C-401/19, República de Polonia contra Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, quien en sus conclusiones señala el papel de las plataformas como canales de comunicación esenciales, lo que exige ponderar su poder normativo frente a los derechos fundamentales de los usuarios, §103.

cualquier contenido ante la duda sobre su licitud o adecuación a sus condiciones generales³⁷.

En cierto modo, el Estado delegaría en las plataformas la tarea de controlar la correcta aplicación del Derecho de la Unión en el entorno digital —si atendemos a la definición de contenido ilícito del art. 3—, así como la observancia de sus condiciones generales, que deben tener en cuenta, además, los derechos fundamentales de los usuarios³⁸. El art. 14.4, como veremos, constituye un ejemplo paradigmático de esta delegación de facultades³⁹.

3.1.3. *El art. 14 del Reglamento: de la transparencia procedimental a la garantía ¿sustantiva? de derechos fundamentales*

El objetivo de las siguientes líneas es analizar los apartados primero y cuarto del artículo 14 del Reglamento. En el epígrafe siguiente se examinará cómo el Reglamento dedica varios preceptos al principio de *due process*, con el fin de garantizar que los destinatarios del servicio puedan ejercer sus derechos tanto ante las plataformas como fuera de ellas.

Además de las disposiciones procedimentales contenidas en los arts. 20 y 21, el Reglamento dedica el art. 14 a establecer garantías específicas para los destinatarios del servicio en el contexto de la moderación de contenidos. El primer apartado del art. 14 recoge normas relativas a lo que puede denominarse «justicia procedimental»⁴⁰. De hecho, diversos autores han señalado que el Reglamento se caracteriza por un enfoque marcadamente procedimental, por encima de la protección sustantiva efectiva, como se observa en el propio art. 14⁴¹.

³⁷ *Ibid.*, §142.

³⁸ *Ibid.*, §84.

³⁹ Sobre el delegated enforcement véase L. FIALA, M. HUSOVEC, «Using experimental evidence to improve delegated enforcement», *International Review of Law & Economics*, vol. 71, 2022, p. 1.

⁴⁰ A. VAN DUIN, *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation*. Article 47 in practice, Louvain-La-Neuve, Intersentia, 2022, p. 5.

⁴¹ Entre otros, destacan: P. ORTOLANI, «If you Build It, They Will Come: The DSA's "Procedure Before Substance" Approach», *VerfBlog*, 2022/11/07, pp. 1-7. También R. GRIFFIN, «Procedural Fetishism in the Digital Services Act», *European Journal of Legal Studies LT Special Issue*, 2025, p. 22 y M. BERBERICH, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness...», *op. cit.*, p. 133. Y así lo señala M. WENDEL, «Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA», en A. VON UNGERN-STERNBERG, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, p. 81, «[...] there are procedural safeguards such as detailed obligations to give reasons, and to provide for transparency as well as the provisions on notices, complaint-handling and dispute settlement. In this respect, the DSA is certainly a step in the right direction. However, there are practically no specifications as to how the conflicting fundamental rights should be protected in substantive terms. Instead, the EU legislature grants

3.1.3.1. El control de incorporación del art. 14.1

El art. 14 del Reglamento establece un conjunto de obligaciones orientadas a garantizar la transparencia en la moderación de contenidos por parte de los prestadores de servicios intermediarios. En su apartado primero, se exige que las condiciones generales incluyan información detallada sobre cualquier restricción relativa al uso del servicio con relación a los contenidos proporcionados por los destinatarios. Esta información debe abarcar las políticas, procedimientos y herramientas utilizadas para la moderación de contenidos, incluyendo tanto la toma de decisiones automatizada mediante algoritmos como la revisión humana, así como las normas procedimentales del sistema interno de gestión de reclamaciones.

El Reglamento introduce aquí un control de incorporación, al exigir que dicha información se presente en un lenguaje claro, sencillo, inteligible y accesible para el usuario, y que esté disponible en un formato fácilmente legible por máquina. Este tipo de exigencia constituye un control de transparencia formal, sin perjuicio de que, en cuanto al contenido de las condiciones generales, se respete el principio de libertad contractual de los prestadores de servicios intermediarios, quienes conservan la facultad de decidir qué tipo de contenido desean permitir en sus plataformas (así, art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Sin embargo, el margen de actuación normativa de los proveedores se ve indirectamente limitado por las exigencias procedimentales impuestas por el texto, que buscan equilibrar la autonomía contractual con la protección de los derechos fundamentales de los usuarios⁴².

Aun así, este control puede considerarse relativamente limitado. En este sentido, resulta ilustrativo el contraste con el considerando 15 del Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que establece criterios más exigentes sobre la redacción de las condiciones generales, al señalar que no se considerarán claras y comprensibles aquellas cláusulas que resulten vagas, poco específicas o imprecisas respecto de aspectos comerciales

providers an astonishingly broad discretion». En un sentido similar, destaca E. DOUEK («Content moderation as systems thinking», *Harvard Law Review*, 2022, vol. 136, número 2, p. 532) quien señala que para el Estado es más sencillo centrar la regulación en los aspectos procedimentales que en los sustantivos ya que es más fácil delegar la tarea de moderar el contenido que ejercerla *motu proprio*, [...] *the state simply does not have the capacity to usurp platforms as the frontline of content moderation* [...]. También F. G'SELL, «The Digital Services Act: a General assessment», en A. von Ungern-Sternberg, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, p. 11.

⁴² La norma no especifica las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del control de transparencia. En este sentido, E. ARROYO AMAYUELAS, «Art. 14...», *op. cit.*, p. 774.

relevantes, o que empleen formulaciones engañosas. Esta formulación más rigurosa, orientada a garantizar una comprensión efectiva por parte de los usuarios, podría haber servido de modelo para reforzar el control de incorporación en el Reglamento, especialmente en lo que respecta a la transparencia de las normas internas de moderación.

3.1.3.2. Control, ¿de contenido?: el respeto de los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio en la moderación del contenido

La cuestión que se plantea en las siguientes líneas es si el art. 14, en su apartado cuarto, introduce algún tipo de control de contenido o de transparencia material en el momento de la moderación. Este precepto impone a las plataformas la obligación de tener en cuenta — en el momento de aplicar y hacer cumplir las restricciones— los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, incluidos los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, entre otros. En relación con ello, el considerando 47 añade una dimensión interpretativa relevante al señalar que, no sólo al aplicar y hacer cumplir las restricciones, sino también al *definirlas*, las plataformas deben actuar con diligencia y tener en cuenta los derechos fundamentales reconocidos por la Carta, así como las normas internacionales pertinentes en materia de derechos humanos, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Aunque el art. 14.4 no incluye expresamente el verbo «definir», lo que podría sugerir una limitación en su alcance, excluir esta fase previa resultaría sistemáticamente incoherente. La definición de las condiciones generales constituye precisamente el momento en que se establecen los criterios que posteriormente serán aplicados y exigidos. Ignorar esta fase implicaría vaciar de contenido la exigencia de diligencia y respeto a los derechos fundamentales, reduciendo su eficacia a un control meramente formal⁴³. Ahora bien, el Reglamento tampoco detalla cómo deben las plataformas garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los usuarios, ni en el momento de la definición de sus condiciones generales ni durante la moderación de contenidos. Esta falta de concreción normativa deja un margen de discrecionalidad que puede afectar a la efectividad del control previsto en el art. 14.4⁴⁴.

⁴³ J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó FATHAIGH, «Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation», *German Law Journal*, vol. 24, 2023, p. 894 y M. HUSOVEC, *Principles...*, *op. cit.*, p. 254.

⁴⁴ Ahora bien, desde otra perspectiva, al menos en relación con la libertad de expresión, los prestadores de servicios intermediarios ocupan una posición muy distinta a la del legislador, cfr. M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER Y G. WAGNER, «Taming the giants: The DMA/DSA Package», *Common Market Law Review*, vol. 58, número 4, 2021, p. 1013. Por ello, estos

De la lectura del precepto podemos destacar, pues, que el destinatario del servicio afectado puede alegar que la decisión tomada por la plataforma no respeta los derechos fundamentales, o no se ha aplicado de forma diligente, objetiva y proporcionada⁴⁵. Queda por ver, en consecuencia, cómo el órgano de resolución extrajudicial —o el judicial— encargado de revisar la moderación de contenidos incorpora también la referencia a los derechos fundamentales en sus decisiones. En este punto, resulta evidente la falta de claridad del Reglamento respecto a los criterios concretos que deben guiar la aplicación práctica de dichos derechos⁴⁶. El art. 14.4, al referirse a los derechos fundamentales sin concretar cómo deben aplicarse, plantea dudas sobre si el legislador ha delimitado suficientemente el margen de actuación de las plataformas, de los órganos jurisdiccionales y de los extrajudiciales.

Más allá de lo anterior, este precepto plantea pues, una cuestión de especial relevancia jurídica: ¿están las plataformas obligadas a considerar los derechos fundamentales en el momento de definir qué tipo de contenido puede ser publicado en sus servicios? Y, en caso afirmativo, ¿cuáles son los derechos que deben tenerse en cuenta en esa determinación?^{47, 48}.

mismos autores señalan que el art. 14.4 no impone a las plataformas la obligación de tener en cuenta los derechos fundamentales en el momento de la definición de sus condiciones generales —aunque el considerando 47 sí lo sugiere, como hemos visto- sino únicamente al aplicar y hacer cumplir las restricciones de contenido: «*the promise of Article 1(2)(b) DSA to effectively protect the fundamental rights enshrined in the Charter could only be vindicated if the platform was under a duty to take these entitlements into account in drafting its terms and conditions*» (p. 1013).

⁴⁵ Por ejemplo, esto podría ocurrir cuando una condición general se aplica de manera discriminatoria (así, al aplicarse sistemáticamente contra determinados grupos protegidos pero no contra otros), sin tener en cuenta posibles justificaciones basadas en el interés público o sin realizar una ponderación adecuada de los intereses en juego (incluidos los derechos fundamentales), como podría suceder en el caso de una cita periodística de contenido potencialmente problemático. También se da esta situación cuando se imponen sanciones desproporcionadas (por ejemplo, los casos de suspensión o terminación de la cuenta del usuario, en lugar de una mera eliminación del contenido publicado). En todos estos casos, las decisiones de moderación pueden vulnerar el art. 14 del Reglamento, cfr. P. LEERSSEN, A. VAN DUIN, I. TOEPOEL y J. VAN HOBOKEN, *Pathways to Private Enforcement of the Digital Services Act (DSA)*, Institute for Information Law (IViR, University of Amsterdam), 2025, p. 17.

⁴⁶ El enfoque más coherente sería aquel que defiende la necesidad de revisar la moderación de contenidos atendiendo al respeto efectivo de los derechos fundamentales, incluso si dicha revisión debe realizarse caso por caso. Esta perspectiva reconoce que la protección de derechos como la libertad de expresión no puede depender únicamente de criterios formales o automatizados, sino que exige una valoración sustantiva en cada situación concreta. En este sentido, resulta especialmente relevante el análisis del Academic Advisory Board sobre el art. 21 del DSA, que subraya el papel de los derechos fundamentales en los mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios: *Article 21: Academic Advisory Board Discussion Report. The role of fundamental rights in out-of-court dispute settlement under Art. 21 DSA*, 2024, pp. 1-9 (<https://www.user-rights.org/en/advisory-board>).

⁴⁷ N. MAAMAR, «Chapter 4. Due diligence obligations of providers of intermediary services», en T. KRAUL: *New Digital Services Act. A practitioner's Guide*, Beck Hart Nommos, Baden-Baden, Oxford München, 2024, p. 72.

⁴⁸ J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó FATHAIGH, «*Using Terms...*», *op. cit.*, p. 897.

Aunque no corresponde a este capítulo resolver de forma definitiva estas cuestiones, sí resulta pertinente identificar los derechos potencialmente implicados. Los derechos mencionados expresamente el art. 14.4 se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular la libertad de expresión y de información (art. 11.1), y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación (art. 11.2). No obstante, la moderación de contenidos puede afectar también otros derechos, como el derecho a la intimidad (art. 7), la protección de datos personales (art. 8), o el derecho a la no discriminación (art. 21). En relación con este último, la doctrina ha sostenido ampliamente su eficacia indirecta en el plano horizontal, en virtud de su carácter de principio-valor, lo que permite sostener su aplicación directa en las relaciones entre particulares⁴⁹.

La duda más significativa, sin embargo, se plantea respecto a otro derecho fundamental expresamente mencionado por el artículo: el derecho a la libertad de expresión. ¿Cabe sostener que este precepto abre la puerta a una posible eficacia horizontal de dicho derecho en el contexto de la moderación de contenidos por parte de plataformas privadas? Aunque esta cuestión excede el objeto central del presente capítulo, su formulación resulta pertinente para delimitar el alcance normativo del art. 14 y valorar si, más allá del control formal, se está configurando un deber sustantivo de respeto a los derechos fundamentales en el ejercicio privado del poder de moderación.

Algunos autores se muestran partidarios de reconocer una eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales en el contexto del art. 14.4 del Reglamento⁵⁰. Otros, sin embargo, adoptan una posición más restrictiva^{51,52}.

⁴⁹ V. BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 1-216, I.V. Aronstein: *Remedies for infringements of Eu law in legal relationships between private parties*, Wolters Kluwer, 2019, Deventer. Véase, también, T. WISCHMEYER, «Fundamental Rights Obligations of Private Platforms Operators Under the EU Digital Services Act», Legal opinion commissioned by the Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. 2023, pp. 10-13. Con relación a este derecho, por ejemplo, puede sostenerse que la operación de sistemas automatizados de moderación que reproducen sesgos algorítmicos en perjuicio de personas racializadas resulta incompatible con las exigencias de este art. 14, en la medida en que compromete el respeto efectivo de los derechos fundamentales en el entorno digital, véase R. GRIFFIN, «Procedural Fetishism...», *op. cit.*, p. 50.

⁵⁰ N. MAAMAR... *op.cit.loc.cit.*

⁵¹ T. WISCHMEYER, «Fundamental Rights...», *op. cit.*, p. 8, sostiene que el precepto tiene un efecto meramente declarativo, más que constitutivo. En cambio, Husovec y Quintais *et al.* defienden expresamente la existencia de una eficacia horizontal directa (así, M. HUSOVEC, *Principles...op. cit.*, p. 254, y J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó. FATHAIGH, «Using Terms...», *op. cit.*, p. 894), lo que implicaría que las plataformas estarían jurídicamente obligadas a respetar los derechos fundamentales en sus decisiones de moderación). Por su parte, M. WENDEL, «Taking or Escaping Legislative Responsibility?...», *op. cit.*, p. 76, se muestra crítico ante esta postura: «[...] it follows from the architecture of the European constitutional order that EU legislation

Nota 52 en página siguiente

Precisamente, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales recogidos por la Carta en las relaciones privadas, el art. 51 establece que sus disposiciones se dirigen a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión, y ello refuerza la idea de que su aplicación directa a actores privados es limitada. No obstante, el considerando 47 del Reglamento también menciona los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁵³, introduciendo una dimensión de responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos que puede abrir nuevas vías interpretativas⁵⁴.

cannot determine the effects of EU fundamental rights and in particular not the question of who is bound by the Charter [...]». Para este autor, la cuestión de quién está vinculado por los derechos fundamentales remite a los efectos normativos de un elemento estructural del orden constitucional europeo, y debe resolverse exclusivamente a partir del derecho primario. En coherencia con esta posición, advierte que si el Reglamento pretendiera consagrar una eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales —cuestión que plantea dudas desde el punto de vista constitucional— debería establecer de forma explícita los límites que impone el artículo 16 de la Carta (libertad de empresa), lo que no ocurre en el art. 14.4 (p. 82). El autor concluye que una cuestión de derecho constitucional. Sobre la distinción entre eficacia directa e indirecta sostiene que es un «*quarrel about nothing*» (p. 69).

⁵² Aunque todavía no existe jurisprudencia específica sobre el Reglamento, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ofrece algunas líneas de razonamiento relevantes con relación a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En la STJUE de 26 de abril de 2022 *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (asunto C-401/19 [ECLI:EU:C:2022:297] sobre la nueva responsabilidad de los prestadores de servicios en materia de derechos de autor en el marco de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, el TJUE consolidó su jurisprudencia previa al afirmar que toda norma de la Unión que implique una injerencia en los derechos fundamentales debe establecer reglas claras y precisas sobre el alcance y la aplicación de la medida en cuestión, e imponer garantías mínimas que protejan eficazmente a las personas afectadas frente al riesgo de abuso. En particular, dicha legislación debe indicar en qué circunstancias y bajo qué condiciones puede adoptarse la medida, asegurando que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. En la sentencia, Polonia impugnó el art. 17 de la citada directiva, alegando que las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea (como YouTube o Facebook) vulneraban el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que protege la libertad de expresión e información. Polonia argumentó que estas obligaciones implicaban el uso de filtros automáticos para revisar previamente los contenidos subidos por los usuarios, lo que podría llevar a bloqueos excesivos y afectar la libertad de expresión. El Tribunal rechazó la demanda de Polonia, concluyendo que, aunque el régimen de responsabilidad implica una limitación de la libertad de expresión, esta no era desproporcionada ya que el propio art. 17 incluía salvaguardas adecuadas para proteger los derechos fundamentales. Si trasladamos esta doctrina al art. 14 del Reglamento, observamos que su redacción no permite alcanzar una conclusión equivalente a la que el TJUE establece respecto del art. 17 de la Directiva 2019/790. En efecto, el art. 14 carece del grado de detalle y precisión normativa que el Tribunal considera necesario para que las garantías sean efectivas, especialmente en contextos de moderación automatizada de contenidos.

⁵³ G. FROSIO y C. GEIGER, («Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime» *European Law Journal*, vol. 29, número 1-2, 2023, p. 64) ponen de relieve que el Reglamento hubiera podido ser más explícito con todo el procedimiento de moderación de contenidos, señalando, por ejemplo, que el uso de medios automatizados debería limitarse al contenido que es manifiestamente ilegal o que ha sido declarado ilegal por alguna autoridad.

⁵⁴ J.P. QUINTAIS, N. APPELMAN, R. Ó FATHAIGH, «Using Terms...», *op. cit.* p. 896 señalan que la clave está en cómo deben aplicar las empresas estas obligaciones: si se entiende que

En definitiva, el art. 14.4, si bien impone una obligación a las plataformas de considerar los derechos e intereses legítimos de las partes, especialmente los derechos fundamentales, cuando aplican y hacen cumplir las restricciones de contenido definidas en sus condiciones generales, su aplicabilidad práctica y la cuestión de si esta obligación comporta una eficacia horizontal directa o indirecta de los derechos fundamentales sigue siendo objeto de debate doctrinal. Con todo, el Reglamento introduce una exigencia de diligencia que, más allá de su formulación normativa, puede dar lugar a nuevas formas de protección jurídica en el entorno digital.

Ahora bien, el tenor literal del art. 14.4 no determina, como hemos dicho, cómo deben respetarse esos derechos. La norma establece garantías procedimentales, pero no fija criterios materiales sobre el contenido de los derechos ni sobre los límites que deben observarse en su aplicación⁵⁵. De hecho, únicamente en el artículo dedicado a la protección de los menores se observa una concreción sustantiva de los derechos fundamentales, lo que refuerza la idea de que el enfoque del Reglamento en esta materia es, en general, más formal que material⁵⁶.

En conclusión, si bien se puede sostener que es razonable que el legislador tenga que proteger los derechos fundamentales de los usuarios al establecer normas para el entorno digital, observamos que esta obligación, a través del art. 14, se traslada a las grandes plataformas digitales. Esta delegación de facultades⁵⁷ plantea problemas ante la discrecionalidad de las plataformas para definir sus condiciones generales. Dado la función que ejercen las plataformas de moderadoras del discurso público es razonable sostener que las reglas que las mismas incorporen deban respetar los derechos fundamentales de los usuarios, especialmente la libertad de expresión. De lo contrario, se corre el riesgo de una disminución sustancial del nivel de protección de los derechos fundamentales, lo cual sería contrario a las aspiraciones del art. 1 del Reglamento (« el objetivo del presente Reglamento es contri-

deben integrar los derechos fundamentales en sus decisiones operativas, entonces el art. 14.4 podría ser interpretado como una vía para reforzar la protección jurídica en el entorno digital, aunque sea de forma indirecta.

⁵⁵ En este sentido, puede afirmarse que el art. 14.4 privilegia el *procedure over substance*, lo que limita su capacidad para imponer una protección efectiva de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, *supra*, nota de pie de página 41.

⁵⁶ Con relación a la protección de los menores en el Reglamento, véase G. RUBIO GIMENO, «Vulnerabilidad del consumidor en la contratación intermediada por prestadores de plataformas en línea», en L. Arnau Raventós, *Contratación en plataformas*, Barcelona, Atelier, 2025, pp. 151-153.

⁵⁷ Sobre la delegación de facultades, véase L. FIALA, M. HUSOVEC, «Using experimental evidence to improve delegated enforcement...», *op. cit.*, p. 1. También, M. HUSOVEC, «(Ir) Responsable Legislature? Speech Risks under the EU's Rules on Delegated Enforcement», (September 17, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3784149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784149>.

buir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios estableciendo normas armonizadas para crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y *en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta*, incluido el principio de protección de los consumidores»⁵⁸.

3.2. La resolución extrajudicial del art. 21: qué y para qué

El art. 21 del Reglamento confiere a los destinatarios del servicio el derecho a elegir cualquier órgano de solución extrajudicial de controversias (en adelante, OSC) que haya sido certificado por el Coordinador de Servicios Digitales para resolver litigios relacionados con las decisiones de moderación de contenido adoptadas por las plataformas en línea. Este derecho incluye las controversias que no se hayan resuelto a través del mecanismo interno de gestión de reclamaciones (art. 20). Además, de la lectura de este precepto podemos afirmar que el destinatario del servicio puede pedir al organismo del art. 21 no solo revisar la decisión de moderación de contenidos, sino también si en el proceso que condujo a esta decisión las plataformas consideraron los derechos fundamentales relevantes de conformidad con el art. 14.4⁵⁹.

Vamos a ver cuáles son las principales características que resultan de la lectura este artículo.

a) *Ámbito de aplicación*

El art. 21 del Reglamento establece el marco para la solución extrajudicial de controversias. Este mecanismo constituye una vía de reparación externa e independiente para los destinatarios del servicio, siendo una solución novedosa en la regulación de la moderación de contenidos.

El ámbito de aplicación de este sistema abarca las disputas relacionadas con las decisiones de moderación de contenido tomadas por las plataformas en línea, incluyendo las controversias que no se hayan resuelto a través del sistema interno de gestión de reclamaciones previsto en el art. 20. Pueden ser objeto de reclamación ante un OSC tanto las decisiones directamente adoptadas por el prestador como aquellas que

⁵⁸ Según M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER y G. WAGNER («Taming the giants...», *op. cit.*, p. 1014) para que el Reglamento sea plenamente coherente con la Carta, será necesario incluir una disposición que autorice explícitamente a los Estados miembros a revisar las condiciones generales de las plataformas a la luz de los derechos fundamentales consagrados en la Carta o en sus respectivos ordenamientos constitucionales.

⁵⁹ El órgano del art. 21 no se configura como una segunda instancia (ello sugiere el considerando 59) y así lo sostiene M. BERBERICH, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en B. STEINRÖTTER, C. HEINZE, M.N. DENG, *EU Platform Law. A Handbook*, 2025, Beck Hart Nommos, Baden-Baden, München Oxford, p. 141.

hayan sido previamente canalizadas por el sistema interno (art. 20). Asimismo, se incluyen las decisiones relacionadas con la declaración de motivos (art. 17) que debe acompañar a cualquier restricción del servicio, como la eliminación o retirada de contenido, el bloqueo o la relegación de la información, la restricción de pagos monetarios, o la suspensión o supresión de la cuenta del destinatario. Finalmente, también pueden someterse a revisión aquellas actuaciones en las que se alegue que, durante el proceso de moderación, no se han respetado los derechos fundamentales de los usuarios o no se ha actuado con la diligencia, objetividad y proporcionalidad exigida por el art. 14.

La vía del OSC es una forma de reparación privada que complementa a los recursos judiciales. Puesto que la relación entre la plataforma y el usuario se basa en un contrato de servicio digital, las controversias pueden, en muchos casos, situarse en el ámbito de las relaciones de consumo. El art. 21, apartado 9, aclara la relación con la normativa de consumo, al señalar que «el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la Directiva 2013/11/UE y de los procedimientos de solución alternativa de litigios para los consumidores establecidos en virtud de dicha Directiva». A ello volveremos en el último epígrafe.

b) Garantías procedimentales y certificación por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro

El art. 21.1 establece que el órgano de resolución extrajudicial de litigios debe estar certificado por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro correspondiente, conforme al procedimiento previsto en el art. 21.3. En el momento de redactar estas líneas, hay siete órganos certificados⁶⁰. A continuación, se analizan brevemente las garantías procedimentales derivadas del art. 21.3. Cabe destacar que el art. 21.6 también permite a los Estados miembros establecer sus propios órganos de resolución extrajudicial o colaborar con uno o varios de los ya certificados⁶¹.

Los estándares de calidad exigidos por el art. 21.3, que constituyen requisitos *ex ante*, son los siguientes —lo que plantea interrogantes sobre cómo se verifica, por ejemplo, la imparcialidad o la independencia antes de que el órgano entre en funcionamiento—:

— Imparcialidad e independencia financiera respecto de las partes implicadas (letra a).

⁶⁰ Véanse las entidades acreditadas aquí: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/dsa-out-court-dispute-settlement>

⁶¹ En este contexto, surge una cuestión relevante: ¿pueden las juntas arbitrales de consumo solicitar la certificación como órganos de resolución extrajudicial en el marco del Reglamento? A tenor de lo establecido por el art. 21.6, la respuesta sería que sí, siempre que cumplieren con los requisitos el art. 21.3.

— Conocimiento especializado en las materias objeto de disputa, ya sea en relación con contenidos ilícitos o con la aplicación de condiciones generales de plataformas en línea. Dado el alcance de la definición de contenido ilícito, cabe preguntarse si estos órganos deberán ser necesariamente sectoriales (letra *b*).

— Remuneración de los miembros desvinculada del resultado del procedimiento (letra *c*).

— Accesibilidad electrónica, que permita iniciar el procedimiento y presentar documentación en línea de forma sencilla (letra *d*).

— Resolución ágil, en al menos una de las lenguas oficiales de la Unión Europea (letra *e*).

— Normas de procedimiento claras y justas, fácilmente accesibles y conformes al Derecho aplicable, incluido el propio art. 21 (letra *f*). A diferencia del arbitraje de consumo, que tiene una regulación completa en el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, Real Decreto 713/2024), el Reglamento deja esta cuestión más abierta, lo que puede generar diversidad en los modelos procedimentales adoptados.

c) Sobre la cuestión de la eficacia de cosa juzgada

El art. 21.2.III del Reglamento establece expresamente que las soluciones impuestas por el OSC no serán vinculantes, lo que excluye su eficacia como cosa juzgada. Por el contrario, el art. 1.2 del Real Decreto 713/2024, sí reconoce expresamente la *res judicata* de las decisiones arbitrales. En consecuencia, en el marco del Reglamento, el destinatario del servicio conserva el derecho a acudir a la vía judicial, incluso después de haber recurrido a un procedimiento extrajudicial ante un OSC certificado⁶².

Con relación al plazo para resolver, el del Reglamento coincide con el establecido por la 2013/11, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, Directiva ADR): noventa días, contados desde la recepción del expediente por la entidad (art. 8 letra *e* Directiva ADR) o desde la presentación de la reclamación (art. 21.4 Reglamento).

d) Sobre la ley aplicable

El Reglamento no hace ninguna referencia a la ley aplicable al litigio, a diferencia de la Directiva ADR que, y en el marco de un procedimiento que imponga una solución vinculante (así, el arbitraje de consumo), incorpora el principio de legalidad en el art. 11, que establece que, ante un conflicto de consumo, el consumidor siempre se verá

⁶² M. HUSOVEC, *Principles of the Digital Services Act. op. cit.*, p. 240.

protegido por las normas imperativas en materia de consumo del país donde tenga la residencia habitual. La mayoría de las normas de consumo destacan por su carácter imperativo⁶³. En cambio, el Reglamento no prevé una disposición equivalente, si bien la letra *f* del apartado 3 del art. 21 exige que la resolución se lleve a cabo con arreglo a unas normas de procedimiento claras y justas que sean fácilmente accesibles al público y conformes al *Derecho aplicable*. Si el contrato fuera de consumo y existiera un conflicto de leyes, la determinación de la ley aplicable correspondería al Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Reglamento Roma I). En virtud de su art. 6, y tratándose de un consumidor pasivo, se aplicarían las normas del país de su residencia habitual. De este modo, los órganos de resolución extrajudicial del art. 21 podrían alinearse con el art. 11 de la Directiva ADR⁶⁴, aunque, como veremos, no está del todo claro qué normativa aplicarán efectivamente los OSC al determinar el marco jurídico aplicable.

La doctrina ha identificado tres posibles vías que podrían seguir los OSC a este respecto. En primer lugar, podrían optar por aplicar exclusivamente las condiciones generales de las plataformas, limitándose a verificar si la decisión impugnada se ajusta a las obligaciones contractuales asumidas por la propia plataforma, sin entrar a valorar la ley aplicable ni realizar un análisis normativo más amplio. En segundo lugar, podrían aplicar la legislación contractual pertinente, determinada conforme a las reglas de conflicto de leyes, como las del Reglamento Roma I. Finalmente, podrían adoptar un enfoque basado en los derechos fundamentales, fundamentando sus decisiones —principal o exclusivamente— en estándares derivados del Derecho de los derechos humanos. En esta línea, ya se ha analizado el art. 14 del Reglamento. En consecuencia, el OSC debería contrastar las condiciones generales con las garantías previstas en dicho precepto⁶⁵.

⁶³ R. BARCELÓ COMPTE e Y. MORENO CASTRO, «El principi de legalitat en vista de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, pp. 119-172. También M.B.M. LOOS, «Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law», *European Review of Private Law*, 1-2016, pp. 75-76.

⁶⁴ Como señalan P. ORTOLANI y G.I. GRADONI, («Applicable Law in Out-of-Court Dispute Settlement: Three Vertigos under Article 21 of the DSA», DSA Observatory, 2025 [última consulta realizada el 24 de octubre de 2025]), las disputas que se plantean en torno a las decisiones de moderación de contenidos se alejan de las típicas controversias contractuales vinculadas a la adquisición de bienes o la contratación de servicios. En lugar de ello, se sitúan en un terreno híbrido, donde el contrato —sus condiciones generales— se entrelaza con derechos fundamentales como la libertad de expresión. Ya hemos visto que algunos tribunales nacionales, como los alemanes, han recurrido a la Directiva sobre cláusulas abusivas para evaluar la legalidad de las condiciones generales de las plataformas. Ahora bien, cabe preguntarse si los OSC están facultados para aplicar este mismo tipo de control, propio del poder judicial. En caso afirmativo, ello implicaría que los OSC deberían navegar por normativas nacionales diversas, lo que plantea desafíos tanto de competencia como de coherencia regulatoria.

⁶⁵ *Íd.*

Como se ha señalado *supra*, persisten dudas sobre la eficacia horizontal del art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, para reforzar esta tercera vía, puede invocarse el artículo 1 del Reglamento, que consagra la protección de los derechos fundamentales como uno de sus objetivos. En consecuencia, el OSC debería tener en cuenta estos derechos al resolver los litigios, aplicando estándares que trascienden el mero cumplimiento contractual. De hecho, algunos organismos ya aplican estos estándares al resolver controversias⁶⁶.

Se ha destacado que la mayoría de las decisiones relativas a la moderación de contenidos que las plataformas han compartido⁶⁷ no versan sobre la ilicitud del contenido en sí, sino sobre la aplicación de las condiciones generales de uso de las plataformas⁶⁸. En última instancia, pues, es previsible que surjan OSC especializados en determinados tipos de condiciones generales, como aquellas relativas al discurso de odio, lo que permitiría una mayor especialización y coherencia en la resolución de controversias.

3.3. La resolución alternativa de litigios en consumo: ¿hacia una diferenciación por tipo de conflicto?

El art. 21.9 del Reglamento señala que lo establecido por el artículo debe entenderse sin perjuicio de la Directiva ADR y de los procedimientos y entidades de resolución alternativa de litigios para los consumidores establecidos en virtud de esta.

Interesa valorar, pues, si a la luz de este apartado, existen distintas vías de resolución de conflicto (es decir, la señalada por la Directiva ADR y la contemplada en el art. Reglamento en el art. 21) para los distintos tipos de conflictos de consumo previamente identificados (*clásicos y emergentes*).

La duda surge a propósito de lo que señala el considerando 60 del Reglamento, que sugiere que los litigios contractuales entre consumidores y empresas relativos a la adquisición de productos o servicios deben canalizarse a través de entidades homologadas conforme a la Directiva ADR. En este sentido, se aclara que las disposiciones del Reglamento

⁶⁶ Así, el Oversight Board de Meta. Véase un ejemplo de cómo resuelve aquí: <https://www.oversightboard.com/decision/bun-r5mzuwzm/> (última consulta 25 de octubre de 2025).

⁶⁷ El art. 21.4 del Reglamento obliga a los órganos certificados a informar anualmente del número de litigios resueltos, del tiempo medio necesario para resolverlos y de las dificultades encontradas.

⁶⁸ R. KAUSHAL, J. Van de KERKHOFF, C. GOANTA, «Automated Transparency: A Legal and Empirical Analysis of the Digital Services Act Transparency Debate», *FAccT '24: Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, Association for Computing Machinery 2024*, p. 1126.

sobre resolución extrajudicial de litigios deben interpretarse sin perjuicio de dicha Directiva.

Así pues, y según lo expuesto, tanto el considerando como el artículo parecen apuntar a una distinción funcional: los conflictos derivados de intereses *clásicos* se resolverían mediante el mecanismo previsto en la Directiva ADR, mientras que los conflictos *emergentes* se canalizarían a través del procedimiento del art. 21 del Reglamento.

Veamos un ejemplo. El contrato que celebra un usuario al abrir una cuenta en una red social que permite compartir fotos y contenidos constituye, según el art. 621-67.1 del CCCat, un contrato de suministro de servicios digitales. Se trata de un contrato oneroso, en el que el consumidor autoriza el uso de sus datos personales como contraprestación por el servicio recibido (compartir contenidos, interactuar socialmente, consumir publicidad, etcétera)⁶⁹.

Supongamos que un consumidor sube un contenido que es retirado por la plataforma. En este caso, la plataforma está obligada a proporcionar una declaración clara y específica de los motivos (art. 17.1), y a moderar el contenido de forma diligente, objetiva y proporcionada, respetando los derechos fundamentales del destinatario del servicio (art. 14.4). Además, las condiciones generales deben describir cualquier restricción impuesta al uso del servicio (art. 14.1).

El consumidor podría alegar la vulneración de un derecho fundamental (como la libertad de expresión), pero también una posible falta de conformidad del servicio digital, en términos de funcionalidad (art. 621-20.1, letra *a* y art. 621-20.2, letra *b*), por remisión del art. 621-71 CCCat). En una lectura elemental, también podría esperarse que la plataforma garantice un cierto nivel de calidad (art. 621-20.2, letra *b*), lo que incluye tanto protección frente a otros usuarios (por ejemplo, discursos de odio) como una moderación proporcionada y diligente por parte de la plataforma⁷⁰.

Si analizamos las condiciones generales de una plataforma que presta un servicio como el descrito, vemos que las mismas indican que el servicio ofrece oportunidades personalizadas para *crear, conectar, comunicar, descubrir y compartir*. Si el consumidor ve impedido poder comunicar y compartir con otros usuarios del servicio, puede alegar, también una falta de conformidad con relación a la calidad del servicio prestado⁷¹.

⁶⁹ Véase *supra* nota a pie de página núm. 13.

⁷⁰ M. GROCHOWSKI, *From Contract Law to Online Speech Governance*, *VerfBlog*, 2023/5/18, <https://verfassungsblog.de/contract-speech/>, DOI: [10.17176/20230518-140256-0](https://doi.org/10.17176/20230518-140256-0), p. 5.

⁷¹ Nótese aquí que la *Consumer Rights Act* del 2015 del Reino Unido, en su S.9, señala la obligatoriedad para los bienes de presentar una calidad satisfactoria (*satisfactory quality*) refiriéndose a aquella que una persona razonable pueda esperar en atención a la descripción de los bienes, el precio y cualquier otra circunstancia relevante. Sobre el concepto de calidad en

¿Es el contrato de suministro de servicios digitales un contrato de prestación de servicios? La Directiva 2019/770, de 20 de mayo, crea una categoría *ad hoc* específica para el contenido y servicio digital⁷², dejando a los Estados miembros la decisión sobre si estos contratos deben considerarse de compraventa o de servicios (considerando 12). Si analizamos el art. 2 de la Directiva ADR, y con relación a la definición de contrato de servicios, el mismo señala que es *todo contrato, con excepción de un contrato de compraventa, en virtud del cual el comerciante presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio*. Con relación al carácter oneroso del contrato de suministro de servicios digitales, ya hemos apuntado *supra* el carácter oneroso de aquellos contratos en los que los datos son el precio o la contraprestación del servicio digital prestado^{73 74}.

En este contexto, resulta difícil comprender por qué la propuesta de Directiva que modifica la Directiva ADR [COM (2023) 649 final] insiste, en su considerando 4, en la necesidad de aclarar que los litigios contractuales derivados de la venta de bienes o la prestación de servicios incluyen el contenido y los servicios digitales. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 1 de la propuesta. Además, el informe de impacto de dicha propuesta parece reforzar la diferenciación entre el ámbito de aplicación de la entidad de la Directiva ADR y el OSC del Reglamento⁷⁵.

Sin embargo, como muestra el ejemplo propuesto, el consumidor podría optar por una doble vía de resolución alternativa: el arbitraje de consumo (con la limitación de la voluntariedad de adhesión por parte del empresario, art. 23 del Real Decreto 713/2024 y art. 9.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) o el procedimiento previsto en el art. 21 del Reglamento, que, aunque no produce efectos vinculantes, obliga a las plataformas a someterse al procedimiento si el destinatario del servicio elige un órgano certificado por el coordinador de servicios digitales⁷⁶.

los contenidos o servicios digitales, véase M. GARCÍA GOLDAR, «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius et Scientia*, vol. 7, núm. 2, 2021, pp. 357-369.

⁷² R. BARCELÓ COMPTE, G. RUBIO GIMENO, «Supply of Goods With Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 3, 2022, p. 82.

⁷³ Véase, también, E. ARROYO AMAYUELAS, «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 86, p. 71, 2025.

⁷⁴ Los informes de impacto que acompañan la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva ADR también van en esta misma línea de señalar la necesidad de incluir en el ámbito de aplicación la Directiva ADR la referencia a los contratos en los que la contraprestación no sea dinero, sino datos personales. (SWD (2023) 335 final Part 1/2, p. 31.

⁷⁵ SWD 2023 335 final, p. 26.

⁷⁶ Nótese que el informe también pone de relieve la posibilidad de que los órganos de resolución alternativa de consumo (así, las juntas arbitrales de consumo) puedan ser certificados, también, como órganos alternativos a la luz del art. 21, SWD (2023) 335 final Part 2/2, p. 26.

Desde nuestro punto de vista, el ámbito de aplicación de ambos procedimientos no está tan claramente diferenciado, y las reclamaciones vinculadas tanto a intereses *clásicos* como *emergentes* pueden resolverse a través del procedimiento de la Directiva ADR, aunque, en el caso del arbitraje de consumo, con la limitación de la voluntariedad del procedimiento⁷⁷.

4. REFLEXIONES FINALES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿DE VALOR POLÍTICO A SERVICIO PARA EL CONSUMIDOR?

Hemos señalado que las plataformas digitales están asumiendo un rol que tradicionalmente ha correspondido al Estado, especialmente cuando se les exige que, en sus actividades de moderación de contenidos, respeten los derechos fundamentales de los usuarios, en particular el derecho a la libertad de expresión.

La aparición de estos intereses *emergentes* interpela al legislador, que responde mediante el Reglamento. No obstante, los conflictos derivados de esta nueva configuración no se limitan al ámbito público: también presentan una dimensión privada, en tanto que afectan a relaciones de consumo. Las redes sociales han generado patrones inéditos de consumo, en los que las plataformas operan como infraestructuras esenciales para el ejercicio de derechos fundamentales. En este contexto, la libertad de expresión deja de concebirse exclusivamente como un valor político y pasa a configurarse como un servicio ofrecido al consumidor⁷⁸.

La respuesta jurídica adecuada a esta transformación debe provenir del Derecho contractual de consumo. El art. 14 del Reglamento proporciona un conjunto de herramientas contractuales que permiten trasladar los estándares de los derechos fundamentales al plano horizontal, habilitando a los usuarios para invocarlos directamente frente a las plataformas —o al menos eso se desprende del apartado 4 del citado artículo—. Difícilmente podría alcanzarse un resultado equivalente sin recurrir al canal contractual. La incorporación de estándares de libertad de expresión y otros derechos fundamentales en las prácticas de moderación de contenidos exigiría, en ausencia de este canal, una intervención pública de carácter vertical, menos flexible y menos adaptada a la diversidad de situaciones concretas que pueden abordarse desde el Derecho contractual⁷⁹.

⁷⁷ Sobre el arbitraje de consumo obligatorio, véase M. GRAMUNT FOMBUENA, «¿Arbitraje de consumo obligatorio?», en M. GRAMUNT FOMBUENA y G. RUBIO GIMENO (Coord.), *La conformidad de los bienes y los servicios y contenidos digitales tras la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 771*, Barcelona, Marcial Pons, Col·legi Notarial de Catalunya, 2023, pp. 317-331.

⁷⁸ M. GROCHOWSKI, *From Contract Law to Online Speech Governance...*, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁹ Señala Grochowski que la economía de consumo ha abrazado, hoy en día, la libertad de expresión como uno de sus valores fundamentales, cfr. M. GROCHOWSKI, «Freedom of Speech, Consumer Protection and the Duty to Contract...», *op. cit.*, p. 132.

La premisa de que el uso de redes sociales constituye, en sí mismo, una forma de consumo abre nuevas vías para que los individuos reclamen protección frente a una «infraestructura del discurso» monopolizada por las plataformas. En un contexto de creciente atención regulatoria sobre la moderación de contenidos en línea, y de consolidación de normas europeas y nacionales en la materia, será necesario observar con atención el impacto que esta evolución tiene sobre el cuerpo normativo del Derecho de consumo⁸⁰.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU RAVENTÓS, L., «El concepte de consumidor», en ARNAU RAVENTÓS, L., *Dret català de consum*, Barcelona, Atelier Llibres Jurídics, 2024, 39-67.
- ARONSTEIN, I. V., *Remedies for infringements of Eu law in legal relationships between private parties*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Art. 14 DSA. Terms and Conditions», en SCHULZE, R., Staudenmayer, D, *EU Digital Law*, Baden-Baden, München, Oxford, Nomos, Beck Hart, 2ª edición, 2025.
- «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», *Rev. Fac.Direito UFMG*, Belo Horizonte, núm. 86, 65-84.
- BARBA, V., *Principio de no discriminación y contrato*, A Coruña, Colex, 2023.
- BARCELÓ COMPTE, R. y MORENO CASTRO, Y., «El principi de legalitat en vista de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, 119-172.
- BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., «Supply of Goods With Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, número 3, 2022, 106-112.
- BERBERICH, M., «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», en STEINRÖTTER, B, HEINZE, C, DENG, M.N, *EU Platform Law. A Handbook*, Baden-Baden, München, Oxford, Beck Hart Nommos, 2025, 145-164.
- DE ELIZALDE, F., «Fragmenting Consumer Law Through Data Protection and Digital Market Regulations: The DMA, the DSA, the GDPR, and EU Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, 355-389.
- DOUEK, E., «Content moderation as systems thinking», *Harvard Law Review*, vol. 136, núm. 2, 2022, 526-607.
- EIFERT, M., METZGER, A., SCHWEITZER, H. y WAGNER, G., «Taming the giants: The DMA/DSA Package», *Common Market Law Review*, vol. 58, número 4, 2021, 987-1028.
- FIALA, L. y HUSOVEC, M., «Using experimental evidence to improve delegated enforcement», *International Review of Law & Economics*, vol. 71, 2022, 1-18.
- GARCÍA GOLDAR, M., «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius et Scientia*, vol. 7, núm. 2, 2021, 145-162.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 136.

- FROSIO, G. y GEIGER, C., «Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime», *European Law Journal*, vol. 29, núm. 1-2, 2023, 1-27.31-77.
- GRAMUNT FOMBUENA, M., «¿Arbitraje de consumo obligatorio?», en M. GRAMUNT FOMBUENA Y G. RUBIO GIMENO (Coord.), *La conformidad de los bienes y los servicios y contenidos digitales tras la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 771*, Barcelona, Marcial Pons, Col·legi Notarial de Catalunya, 2023.
- GRIFFIN, R., «Procedural Fetichism in the Digital Services Act», *European Journal of Legal Studies LT Special Issue*, 2025, 11-59.
- GRIMMELMANN, J., «The Virtues of Moderation», *Yale Journal of Law & Technology*, 2015, 42-109.
- G'SELL, F., «The Digital Services Act: a General assessment», en A. VON UNGERN-STERNBERG, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, 85-117.
- GROCHOWSKI, M., *From Contract Law to Online Speech Governance*, *VerfBlog*, 2023/5/18, <https://verfassungsblog.de/contract-Speech/>, DOI: 10.17176/20230518-140256-0.
- «Consumer Law for a Post-Consumer Society», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, núm. 1, 2023, 1-3.
- «Freedom of Speech, Consumer Protection and the Duty to Contract», en C. MAK & B. KAS (Eds.), *Civil Courts and the European Polity*, Oxford, Hart Publishing, 2023, 124-137.
- «Digitalization», en H-W. MICIKLITZ, M. NAMYSLOWSKA, *Elgar Concise Encyclopedia of Consumer Law*, 2024, 109-113.
- «Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?», en CREA, C. A. DE FRANCESCHI, A., (Eds.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, 201-225.
- «Consumer Vulnerability: A Genealogy», en S. GRUNDMANN Y P. SIRENA: *European Contract Law and Future Challenges*, Intersentia, Louvain-La-Neuve, 2025, 117-138.
- HUSOVEC, M. «(Ir) Responsable Legislature? Speech Risks under the EU's Rules on Delegated Enforcement», (September 17, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3784149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784149>.
- «Rising above liability: the digital services act as a blueprint for the second generation of global internet rules», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, 2023, 883-920.
- *Principles of the digital services act*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- JANAL, R., «Impacts of the Digital Services Act on the Facebook "Hate Speech" Decision by the German Federal Court of Justice», en A. VON UNGERN-STERNBERG (ed.), *Content Regulation in the European Union, The Digital Services Act*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V. Institute for Digital Law Trier (IRDT), 2023, 119-138.
- KAUSHAL, R., VAN DE KERKHOF, GOANTA, C., «Automated Transparency: A Legal and Empirical Analysis of the Digital Services Act Transparency Debate», *FaccT '24: Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness*,

- Accountability, and Transparency, Association for Computing Machinery* 2024, 1121-1132.
- LANGHANKE, C. y M. SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, núm. 6, 2015, 218-223.
- LEERSSEN, P., VAN DUIN, A., TOEPOEL, I. y VAN HOBOKEN, J., *Pathways to Private Enforcement of the Digital Services Act* (DSA), Amsterdam, Institute for Information Law (IViR, University of Amsterdam), 2025, 1-52.
- LEERSSEN, P., «An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation», *Computer Law & Security Review*, vol. 48, 2023, 1-13.
- LOOS, M.B.M «Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law», *European Review of Private Law*, vol. 4, núm. 1, 2016, 61-79.
- MAAMAR, N., «Chapter 4. Due diligence obligations of providers of intermediary services», en TORSTEN, K., *New Digital Services Act. A practitioner's Guide*, Baden-Baden, München, Oxford, Beck Hart Nommos, 2024, 89-112.
- MAK, V., «Redefining equality in European contract law: protecting consumer interests in a post-consumer society», *European Law Open*, vol. 3, 561-586.
- MAURITZ, F.K., «To Define Is Just to Define. Illegal content according to Article 3 lit. h DSA and the conflict of laws», en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2024.
- MICKLITZ, H. W., DOMURATH, I., «EU Digital Private Law: Tattering or New Beginning?», *European Review of Contract Law*, vol. 20, núm. 4, 2024, 263-319.
- MICKLITZ, H.-W., «Dissolution of EU Consumer Law Through Fragmentation and Privatisation», en N. HELBERGER, B. KAS, H.-W MICKLITZ, M. NAMYSŁOWSKA, L. NAUDTS, P. ROTT, M. SAX, M.V. BRUSSELS, *Digital Fairness for Consumers*, BEUC: The European Consumer Organization, Bruselas, 2024, 25-69.
- NAMYSŁOWSKA, M., «The Silent Death of EU Consumer Law and Its Resilient Revival: Reinventing Consumer Protection Against Unfair Digital Commercial Practices», *Journal of Consumer Policy*, vol. 48, 2025, 317-336.
- NOVOVIC, M., *The EU Digital Services Act (DSA): A Commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2024.
- ORTOLANI, P., «If you Build It, They Will Come: The DSA's "Procedure Before Substance" Approach», *VerfBlog*, 2022/11/07.
- «The resolution of content moderation disputes under the Digital Services Act» (2022) 2 *Giustizia Consensuale*, 2-2002.
- «If You Build It, They Will Come», en VAN HOBOKEN, J., QUINTAIS, J.P, APPELMAN, N., FAHY, R., BURI, I. y STRAUB, M., *Putting the DSA into Practice*, Berlin, Verfassungsblog gGmbH, 2023, 151-166.
- ORTOLANI, P. y GRADONI, G.L., «Applicable Law in Out-of- Court Dispute Settlement: Three Vertigos under Article 21 of the DSA», *DSA Observatory*, 2025.
- ORTOLANI, P., GOANTA, C., «Unpacking content moderation: The rise of social media platforms as online civil courts», en X. KRAMER, J. HOEVENAARS, B.

- KAS y E. THEMELI, *Frontiers in Civil Justice: Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Edward Elger Publishing, 2022, 192-216.
- QUINTAIS, J. P., APPELMAN, N., Ó FATHAIGH, R., «Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation», *German Law Journal*, vol. 24, núm. 5, 2023, 881-911.
- RUBIO GIMENO, G., «Vulnerabilidad del consumidor en la contratación intermediada por prestadores de plataformas en línea», en L. Arnau Raventós, *Contratación en plataformas*, Barcelona, Atelier, 2025, 139-160.
- SPRENGER, T., «Enforcing Put Backs in German and European Law», *GRUR International Journal of European and International IP Law*, vol. 72, núm. 10, 2023, 933-938.
- SZILÁGYI, F., «Personal Data as Consideration for the Facebook Service», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm.4, 2022, 154-161.
- VAN DUIN, A., *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation*. Article 47 in practice, Louvain-La-Neuve, Intersentia, 2022.
- WENDEL, M., «Taking or Escaping Legislative Responsibility? EU Fundamental Rights and Content Regulation under the DSA», en A. VON UNGERN-STERNBERG, *Content Regulation in the European Union*, Trier, Verein für Recht und Digitalisierung e.V., 2023, 59-85.
- WISCHMEYER, T., «Fundamental Rights Obligations of Private Platforms Operators Under the EU Digital Services Act», Legal opinion commissioned by the Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. 2023, 1-25.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo

Mariló Gramunt Fombuena

Gemma Rubio Gimeno (coords.)

ISBN: 979-13-87913-43-4

Madrid, 2025

pp. 471-505

DOI: 10.37417/VSECC/16

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL CONCEPTO DE «ÓRGANO JURISDICCIONAL» A LOS EFECTOS DE PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SU EXTENSIÓN A LOS ÓRGANOS ARBITRALES DE CONSUMO*

Yaiza MORENO CASTRO

Investigadora predoctoral FPU

Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PARA EL DERECHO DE CONSUMO Y LA INDETERMINACIÓN DEL CONCEPTO «ÓRGANO JURISDICCIONAL».— 2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 2.1. Objeto y competencia. Reformas recientes; 2.2. Legitimación; 2.3. La intervención de los Estados miembros en el proceso.— 3. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO «ÓRGANO JURISDICCIONAL» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN: 3.1. Origen de los criterios. El caso *Vaassen-Göbbels*; 3.2 Criterios añadidos y omitidos tras *Vaassen-Göbbels*. El caso de los Tribunales Económico-Administrativos españoles; 3.3 Perspectiva funcional. El papel del arbitraje de consumo en el sistema de acceso a la justicia.— 4. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN ESPAÑA: 4.1 Origen legal y carácter permanente; 4.2 Jurisdicción obligatoria; 4.3 Carácter contradictorio; 4.4 Normas jurídicas; 4.5 Independencia.— 5. CONCLUSIONES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo forma parte de las actividades en ejecución de la Cátedra UB-ACC sobre «Estudios de consumo y resolución alternativa de litigios» y del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo» PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER (UE).

1. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PARA EL DERECHO DE CONSUMO

En los últimos años, el Derecho de consumo ha sido objeto de reformas frecuentes como resultado de la actividad armonizadora de la Unión Europea¹, tanto en su vertiente legislativa, como a través de la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Los órganos jurisdiccionales españoles han contribuido de forma notable al incremento del número de cuestiones prejudiciales en materia de Derecho de consumo en los últimos años². Y, ante esta realidad, el gobierno español ha mostrado en repetidas ocasiones su desacuerdo con la relevancia o admisibilidad de algunas de las cuestiones planteadas³.

La correcta aplicación del Derecho europeo requiere de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE: la actuación de los primeros es necesaria para garantizar la aplicación del Derecho de la Unión en todo su territorio, pero estos necesitan la actuación del TJUE para poder aplicar de forma uniforme las normas europeas⁴⁵. Esta relación cooperativa es posible mediante una vía de comunicación regulada en el Derecho europeo originario: la cuestión prejudicial⁶.

En la actualidad, en España, la potestad de aplicar el Derecho de consumo dando lugar a títulos ejecutivos y con fuerza de cosa juzgada

¹ Como ejemplo paradigmático de ello, STJUE de 14.3.2013, *Aziz* (asunto C-415/11 [ECLI:EU:C:2013:164]) y la consecuente modificación de la LEC introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estadísticas – Tribunal de Justicia de la Unión Europea: año 2024*, Luxemburgo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2025, en https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-05/ra_es_statistiques_24_-_b_statistiques-cour-.pdf (última consulta realizada el 5/11/2025).

³ Véase, por ejemplo, la STJUE de 18.2.2016, *Finanmadrid* (asunto C-49/14 [ECLI:EU:C:2016:98]), en la que se cuestionaban las garantías del procedimiento monitorio español. El Estado español también expresó sus dudas en cuanto a la admisibilidad de varias de las cuestiones planteadas. Sin embargo, el TJUE admitió la cuestión planteada y señaló que la normativa española relativa al sistema de aplicación del principio de cosa juzgada en el marco del proceso monitorio no resultaba conforme con el principio de efectividad.

⁴ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Union Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 34-38, describe esta relación como una negociación en la que ambas partes ceden posiciones y asumen poderes.

⁵ K. LENAERTS, D. ARTS e I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 33-35; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *La Justicia de la Unión Europea*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 146.

⁶ I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 32.

no está restringida a los órganos del Poder Judicial. Entre otras salvedades, encontramos las Juntas Arbitrales de Consumo. La Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, Directiva ADR), así como su transposición en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, consagran el principio de legalidad⁷ como garantía sustantiva a la actividad enjuiciadora arbitral. Así, el principio de legalidad impone la necesidad de respetar las normas imperativas de protección del consumidor en aquellos procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un litigio mediante la imposición de una solución al consumidor.

La efectividad del Derecho europeo —y el respeto a las normas imperativas como manifestación de ello—, puede requerir, en ciertos casos, la tarea interpretativa del TJUE. ¿Qué puede hacer un árbitro de consumo ante esta necesidad de asistencia? ¿Puede plantear una cuestión prejudicial? El mecanismo de la cuestión prejudicial es esencial para garantizar una interpretación y aplicación correcta, auténtica y uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros⁸. Responder negativamente a la pregunta sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por árbitros de consumo nos llevaría al resultado de que el éxito del desarrollo de las vías alternativas de resolución de conflictos socavaría la progresiva armonización del Derecho sustantivo de consumo europeo. Nos encontramos ante un escenario de tensión entre la armonización del Derecho sustantivo y la estimulación de las vías accesibles para su aplicación⁹ que requiere, bien una reinterpretación del concepto «órgano jurisdiccional», bien la articulación de relaciones internas entre órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y extrajudiciales que permita alcanzar los mismos objetivos.

El art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) es el fundamento jurídico que legitima a los órganos jurisdiccionales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. La formulación del precepto conlleva que la definición del concepto «órgano jurisdiccional» sea crucial, porque determina la admisibilidad de las cuestiones desde el punto de vista de los requisitos subjetivos. Precisamente por este motivo, parte de la doctrina se ha mostrado crítica con la inactividad del legislador europeo, así como con el TJUE, en la definición del concepto. De forma paradigmática, lo

⁷ Art. 11 Directiva ADR; art. 16 Ley 7/2017.

⁸ J. RODRÍGUEZ-MEDAL, «Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: who can refer questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, 2015, p. 107.

⁹ S. VOET, ET AL., «Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR)», KU Leuven, 2022, p. 93.

hizo el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en las conclusiones al caso *De Coster*¹⁰.

En este contexto, el presente capítulo tiene por objeto examinar el estado de la cuestión relativo a la posibilidad de que los árbitros de consumo planteen cuestiones prejudiciales ante el TJUE, analizando la jurisprudencia europea, así como la normativa aplicable en materia de arbitraje de consumo. A través de este estudio se pretende profundizar en un ámbito escasamente tratado por la doctrina: la interacción entre el mecanismo prejudicial del art. 267 TFUE y el sistema español de arbitraje de consumo, único procedimiento extrajudicial que, en las relaciones entre consumidor y empresario, produce resoluciones con efecto de cosa juzgada y fuerza ejecutiva. Con ello, se busca contribuir a la reflexión sobre la necesidad de reinterpretar o adaptar el concepto de «órgano jurisdiccional» a la realidad de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, garantizando así la efectividad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión en el ámbito del consumo.

2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión prejudicial constituye una herramienta esencial para asegurar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros. En las páginas siguientes ofreceremos un análisis sistemático de sus elementos fundamentales: su objeto, la competencia del Tribunal de Justicia —incluidas las recientes reformas que inciden en su configuración—, la legitimación de los órganos nacionales para plantear cuestiones prejudiciales y, finalmente, un aspecto de particular relevancia práctica: la intervención de los Estados miembros en el proceso mediante la presentación de observaciones.

2.1. Objeto y competencia. Reformas recientes

El TJUE será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados, y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión¹¹. De la propia literalidad de la norma se desprende que la petición de decisión prejudicial debe referirse a la interpretación o validez del Derecho de la Unión, y no a la interpretación de normas jurídicas nacionales¹².

¹⁰ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]).

¹¹ Art. 267.1 TFUE.

¹² Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C380/01) §8.

Podemos clasificar las cuestiones prejudiciales en dos grupos: de interpretación y de validez. Las primeras pueden referirse a cualquier acto adoptado por las instituciones de la UE, incluso a los Tratados, mientras que las de validez excluyen este tipo de norma.

La doctrina ha destacado la función de depuración de los ordenamientos nacionales que frecuentemente se persigue —y alcanza— mediante las cuestiones prejudiciales de interpretación. Mediante la clarificación del Derecho de la Unión, el TJUE tiene la oportunidad de dismantlar aquellas disposiciones nacionales incompatibles con este¹³. Y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros aprovechan lo que a la práctica supone una forma indirecta de revisión judicial supranacional de la legislación estatal. El análisis empírico del procedimiento prejudicial revela que la mayoría de los casos se refieren a una norma interna que se alega contraria al Derecho de la Unión Europea¹⁴. Así, el alto tribunal pasa a convertirse, en cierta manera, en juzgador de la legalidad nacional, asemejando la cuestión prejudicial a un recurso por incumplimiento^{15 16}.

En cualquier caso, el TJUE no será quién aplique directamente el Derecho de la Unión al litigio, sino que proporcionará una respuesta útil para que el órgano jurisdiccional remitente extraiga las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión¹⁷.

Aunque hasta este punto se ha asumido que el Tribunal de Justicia era el único competente para conocer del procedimiento prejudicial, lo cierto es que el 1 de septiembre de 2024 entró en vigor una importante modificación del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (aplicable a partir del 1 de octubre de 2024). La citada modificación prevé una transferencia parcial de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia al Tribunal General, que afecta a seis materias específicas: el sistema común del IVA, los impuestos especiales, el código aduanero, la clasificación arancelaria de las mercancías, la compensación y asistencia a los pasajeros en caso de denegación de embarque o de retraso o cancelación de los servicios de transporte,

¹³ J. RODRÍGUEZ-MEDAL, «Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: who can refer questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, 2015, p. 108.

¹⁴ O. LARSSON y D. NAURIN, «Judicial independence and political uncertainty: how the risk of override affects the Court of Justice of the EU», *International Organization*, 70 (2), 2016, pp. 377-408.

¹⁵ I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 34.

¹⁶ Arts. 258 a 260 TFUE.

¹⁷ Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C380/01) §11.

y el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero¹⁸.

El objetivo de la reforma es aliviar la carga de trabajo del Tribunal de Justicia en materia prejudicial. Y, si bien las materias transferidas son ámbitos en los que ya existe una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia —sobre la cual el Tribunal General podrá apoyarse—, y el art. 256 TFUE prevé la posibilidad de que este último remita los asuntos al Tribunal de Justicia cuando considere que pueden afectar a la unidad o coherencia del Derecho de la Unión, la introducción de un nuevo actor en el mecanismo prejudicial comporta inevitablemente un riesgo de dispersión interpretativa y, con ello, un potencial peligro para la uniformidad del Derecho de la Unión.

Por ello, esta novedad en el ámbito competencial refuerza la necesidad de una clarificación del concepto de «órgano jurisdiccional». Ambos tribunales deberían actuar de forma consistente en la aplicación de los criterios de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, pues, de lo contrario, existe el riesgo de que el Tribunal General genere confusión al admitir remisiones procedentes de órganos que no deberían estar legitimados para utilizar el procedimiento previsto en el art. 267 TFUE.

2.2. Legitimación

Los órganos jurisdiccionales¹⁹ de los Estados miembros podrán (o deberán, en algunos casos) pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las cuestiones que son objeto de cuestión prejudicial, si estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo²⁰. El concepto «órgano jurisdiccional», que legitima para la interposición de la cuestión, no se encuentra definido en ninguna de las normas aplicables al funcionamiento del TJUE²¹. De igual forma, el TJUE ha evitado definir el concepto.

¹⁸ El art. 256 TFUE otorga competencia al Tribunal General para conocer de los procedimientos prejudiciales iniciados en virtud del art. 267 TFUE en materias específicas determinadas por el Estatuto del Tribunal. Hasta el momento, nunca se habían determinado tales materias.

¹⁹ En los primeros Tratados, solamente la versión inglesa utilizaba dos términos para referirse a aquellos órganos autorizados a plantear cuestiones prejudiciales: «court or tribunal», lo que permitía cierta concreción. No así en las correspondientes a las lenguas de los Estados originarios: «*Gericht*» (versión alemana), «*Jurisdiction*» (versión francesa); «*giurisdizione*» (versión italiana); «*rechterliche Instantie*» (versión holandesa) (D. W. K. ANDERSON y M. DEMETRIOU, *References to the European Court*, London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 31).

²⁰ Art. 267 TFUE.

²¹ El documento Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C380/01), pese a no ser una norma, intenta clarificar la cuestión.

A pesar de la indefinición del concepto, podemos afirmar dos notas sobre el mismo. En primer lugar, que es un concepto autónomo del Derecho europeo. Así, generalmente, el TJUE ha aceptado como órganos jurisdiccionales los que así se consideran a nivel nacional, y ha discutido la naturaleza de aquellos supuestos dudosos²². Existe la posibilidad, entonces, que instancias jurisdiccionales nacionales puedan activar la cuestión prejudicial aun cuando su propio Derecho estatal no les atribuye tal cualidad^{23,24}.

En segundo lugar, que la (indefinida) noción se circunscribe solamente al contexto de la cuestión prejudicial²⁵. Es decir, no todos los órganos que se reconocen como jurisdiccionales para determinados fines pueden considerarse necesariamente competentes para plantear una cuestión prejudicial. Como ejemplo paradigmático de este razonamiento, los notarios son órganos jurisdiccionales a los efectos del Reglamento Bruselas II bis²⁶; sin embargo, la indefinición del concepto no nos permite dar una respuesta definitiva sobre si son o no órganos jurisdiccionales a los efectos del art. 267 TFUE. Ahora bien, podemos constatar que el TJUE ha inadmitido cuestiones prejudiciales planteadas por notarios por no cumplir estos con la cualidad de ser órganos jurisdiccionales²⁷.

En los epígrafes siguientes se analizarán de forma detenida los criterios jurisprudenciales que el Tribunal de Justicia ha ido fijando a lo largo de los años para delimitar la noción de «órgano jurisdiccional».

Finalmente, de la literalidad de la norma se desprende necesariamente y de forma evidente que quedan al margen de la legitimación para interponer una cuestión prejudicial los órganos de terceros estados, así como los tribunales internacionales.

²² P. CONCELLÓN FERNÁNDEZ, *Los órganos jurisdiccionales españoles y la cuestión prejudicial*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, p. 33.

²³ T. TRIDIMAS, «Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure», *Common Market Law Review*, 40, 2003, pp. 37 y ss.

²⁴ M. CIENFUEGOS MATEO, «Juez nacional - Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en Maíllo González-Orús, J. y Becerril Atienza, B. (coords.), Beneyto Pérez, J. M. (dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 5: *Sistema jurisdiccional de la UE*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 549.

²⁵ R. ALONSO GARCÍA, «La noción de órgano jurisdiccional a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», en MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (coord.), FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y MENÉNDEZ REXACH, E. (dirs.), *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2011, p. 154.

²⁶ STJUE de 15.11.2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, (asunto C-646/20 [ECLI:EU:C:2022:879]).

²⁷ Auto de 1.9.2021, OKR, (asunto C-387/20 [ECLI:EU:C:2021:751]); Auto de 19.5.2022, Frontera Capital, (asunto C-722/21 [ECLI:EU:C:2022:412]).

2.3. La intervención de los Estados miembros en el proceso

Durante la fase escrita del proceso prejudicial, podrán intervenir en el mismo una pluralidad de actores que se encuentran autorizados para presentar escritos de observaciones ante el Tribunal^{28,29}. Entre estos, se encuentran los Estados miembros —el del órgano jurisdiccional remitente y todos los demás—, así como los órganos y organismos de la Unión Europea.

El grado de participación de los Estados miembros mediante observaciones es variable; España participa habitualmente en las cuestiones prejudiciales de origen español. Por materias, el gobierno español interviene con mayor frecuencia en procedimientos sobre seguridad social, libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento, competencia e IVA. Habitualmente, la participación del estado español ha ido dirigida a salvaguardar la normativa nacional española. Es decir, a defender interpretaciones del Derecho europeo que dejen a salvo la norma española^{30,31}.

No debe subestimarse la relevancia de esta intervención, particularmente en contextos donde persiste la indefinición de conceptos fundamentales para la admisibilidad, como el de «órgano jurisdiccional». El amplio margen de discrecionalidad del que dispone el TJUE al evaluar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales genera un escenario propicio para la influencia de actores externos. Un ejemplo paradigmático de ello es el conocido *caso Margarit Panicello*³².

En el marco de un procedimiento de jura de cuentas, el Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Terrassa —encargado de dicha jura de cuentas— albergó dudas acerca de la conformidad del procedimiento con el Derecho de la Unión, puesto que consideraba que las normas nacionales aplicables (arts. 34, 35 y 207 LEC) no le permitían controlar de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas en el contrato celebrado, ni la concurrencia de com-

²⁸ Art. 96 Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia; art. 23 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²⁹ Tras la reforma del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 2024 [2024/2094], art. 96, con el fin de reforzar la transparencia y la apertura del procedimiento prejudicial y de permitir una mejor comprensión de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, se ha previsto que, en la totalidad de los asuntos prejudiciales, las alegaciones u observaciones escritas presentadas por un interesado de los mencionados en el art. 23 del Estatuto se publicarán en el sitio web del Tribunal de Justicia dentro de un plazo razonable tras la conclusión del asunto, a menos que dicho interesado se oponga a la publicación.

³⁰ P. CONCELLÓN FERNÁNDEZ, *Los órganos jurisdiccionales españoles y la cuestión prejudicial*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 189-190.

³¹ Véase sobre esta cuestión DÍAZ ABAD, N., «España, veinticinco años de presencia y jurisprudencia en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 315, 2011, pp. 17-27.

³² STJUE de 16.2.2017, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2017:126]).

portamientos comerciales desleales por parte del profesional. Por ello, solicitó al TJUE que se pronunciara, con carácter prejudicial, sobre la compatibilidad de la LEC con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la medida en que la regulación española impedía al juez ejercer un control de oficio sobre la posible existencia de cláusulas abusivas. De acuerdo con los artículos 34 y 35 LEC, las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales en la jura de cuentas no eran susceptibles de recurso.

La controversia jurídica se centra en la posibilidad de que el juez de ejecución revise de oficio el título ejecutivo (en este caso, la resolución dictada por el secretario judicial). El Gobierno español, en sus observaciones, sostuvo que las resoluciones del secretario judicial constituían títulos no judiciales ni arbitrales, en los términos del art. 557 LEC. Y que, en consecuencia, al ejecutar tales resoluciones, los jueces de ejecución debían verificar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. Esta tesis constituyó uno de los pilares fundamentales de la argumentación del Gobierno español respecto a la condición de órgano jurisdiccional.

No obstante, la Abogada General Kokott concluyó, de manera sistemática y precisa: «la argumentación de España no es muy convincente, puesto que, si se sigue cuidadosamente la cadena de remisiones de las disposiciones de la LEC que se ocupan de la ejecución (arts. 517 LEC, 556 LEC y 557 LEC), resulta que las resoluciones de los secretarios judiciales se ejecutarán como resoluciones judiciales, no pudiendo ser revisadas de oficio por el juez de ejecución»³³. En consecuencia, al deudor le está vedada, en particular, la posibilidad de suspender el curso de la ejecución forzosa mediante la formulación de oposición. Este aspecto constituye un indicio relevante de que se trata de resoluciones de carácter jurisdiccional³⁴. Así, concluyó: «en la jura de cuentas los secretarios judiciales son, a los efectos del art. 267 TFUE, órgano jurisdiccional, puesto que en ese contexto resuelven de manera independiente y autónoma sobre litigios que se dan en procedimientos contradictorios y puesto que dictan en ellos resoluciones de carácter jurisdiccional»³⁵.

El Gobierno español se opuso de manera categórica a la admisibilidad de la cuestión planteada por el secretario judicial. Siguiendo la línea argumental sostenida por aquel, el TJUE concluyó que el secretario judicial no constituía un órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE. De forma llamativa, el Tribunal resolvió la cuestión indicando que «es al juez de ejecución competente para acordar el apremio sobre

³³ Conclusiones de la Abogada General de 15.9.2016, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2016:696]) §53.

³⁴ Conclusiones de la Abogada General de 15.9.2016, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2016:696]) §93.

³⁵ Conclusiones de la Abogada General de 15.9.2016, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2016:696]) §95.

la cantidad debida, que debe examinar —de oficio si es necesario— el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual que figure en el contrato celebrado entre un procurador o un abogado y un cliente suyo, a quien corresponderá, en su caso, plantear al Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial»³⁶. Es decir, el Tribunal no llegó a cuestionar la errónea interpretación sostenida por el Gobierno español respecto del proceso ejecutivo regulado en la LEC.

Además, durante la fundamentación jurídica, el TJUE trajo a colación la STC 58/2016, de 17 de marzo, y, con base en ella, consideró que el expediente de jura de cuentas constituía un procedimiento de naturaleza administrativa, en el marco del cual no podía entenderse que el secretario judicial ejerza funciones jurisdiccionales³⁷. Esta argumentación resulta llamativa si tenemos en cuenta que el TJUE ha afirmado en repetidas ocasiones que el concepto «órgano jurisdiccional» debe ser un concepto autónomo, no determinable por los Estados miembros³⁸. En palabras de Carrera Hernández, «al TJUE le pesó más la articulación orgánico-funcional de la figura del secretario judicial tal y como se regula en la Ley española, que las propias circunstancias y características presentes en el procedimiento de jura de cuentas, ofreciéndonos una sentencia un tanto sorprendente»³⁹.

Empíricamente, se ha demostrado una alta correlación entre las preferencias de los Estados miembros y las decisiones del TJUE en el procedimiento prejudicial⁴⁰. Sin embargo, esta no es la única relación de influencia que ha sido objeto de análisis y verificación empírica. Mientras que Stone Sweet y Brunell⁴¹ sostienen que, en la medida en que los Estados miembros ejercen alguna influencia, esta resulta marginal en comparación con la de la Comisión europea, el estudio de Carrubba, Gabel y Hankla concluye que el impacto de los Estados miembros puede ser comparable al del Abogado General e incluso similar o superior al de la propia Comisión⁴².

³⁶ STJUE de 16.2.2017, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2017:126]) §42.

³⁷ STJUE de 16.2.2017, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2017:126]) §24.

³⁸ P. CONCELLÓN FERNÁNDEZ, *Los órganos jurisdiccionales españoles y la cuestión prejudicial*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 56-57.

³⁹ CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Los secretarios judiciales no son órganos jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RGDE*, núm. 42, 2017, p. 140.

⁴⁰ O. LARSSON y D. NAURIN, «Judicial independence and political uncertainty: how the risk of override affects the Court of Justice of the EU», *International Organization*, 70 (2), 2016, pp. 377-408.

⁴¹ A. STONE SWEET y T. L. BRUNELL, «The European Court of Justice, state noncompliance, and the politics of override», *American Political Science Review*, 106 (1), 2012, pp. 204-213. En su opinión, esto constituye un apoyo a una interpretación neofuncionalista del desarrollo de la integración jurídica en Europa, en la que las instituciones supranacionales tienen un peso considerable en comparación con los Estados miembros.

⁴² C. J. CARUBBA, M. GABEL y C. HANKLA, «Understanding the role of the European Court of Justice in European integration», *American Political Science Review*, 106 (1), 2012, pp. 214-223.

3. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO «ÓRGANO JURISDICCIONAL» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN

Tal como se ha afirmado en páginas previas, pese a la relevancia del concepto «órgano jurisdiccional» y su reconocido carácter autónomo, el TJUE nunca ha acometido su formulación teórica. Lo que ha hecho, al largo de los años, mediante abundante jurisprudencia, es fijar unos límites dentro de los cuales tiene que operar cualquier órgano que pretenda accionar la vía prejudicial⁴³. Como factores a tener en cuenta, el Tribunal de Justicia ha planteado los siguientes: el origen legal del órgano que plantea la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia⁴⁴.

La evolución y delimitación del concepto «órgano jurisdiccional» resultan necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos por la Unión. El art. 81 TFUE prevé la posibilidad de adoptar medidas destinadas a garantizar la tutela judicial efectiva, eliminar los obstáculos que dificulten el desarrollo de los procedimientos civiles, fomentar la compatibilidad de las normas procesales aplicables en los Estados miembros y promover el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios. Alcanzar de forma conjunta todos estos fines requiere una evolución del concepto que permita que las formas de resolución alternativa de conflictos, como el arbitraje, puedan acceder plenamente a los recursos judiciales europeos.

Sobre esta evolución se pronuncia, de manera particularmente reveladora, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones del *caso De Coster*, anteriormente citado. En sus primeros años de actividad, el TJUE promovió activamente el uso del reenvío prejudicial mediante una interpretación extensiva del concepto, con el propósito de favorecer la difusión y aplicación uniformes del Derecho de la Unión, con una vocación que podríamos tildar incluso de pedagógica. No obstante, en el actual estadio de desarrollo del Derecho de la Unión, dicha amplitud interpretativa puede entorpecer seriamente la labor del TJUE⁴⁵. El Abogado General considera que «la laxitud con que se delimite el concepto determina la amplitud del abanico de

⁴³ I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 122.

⁴⁴ Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C380/01) §4.

⁴⁵ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §63.

eventuales solicitudes prejudiciales y, en consecuencia, el volumen de pronunciamientos del Tribunal». De ahí la necesidad de actuar con cautela y prudencia: «una decisión bien pensada y fundada resuelve más problemas que un gran número de sentencias precipitadas que no profundizan el razonamiento y no afrontan las cuestiones que se les han sometido»⁴⁶. Con todo, podría sostenerse que una interpretación más flexible, orientada precisamente a esa función pedagógica, resulta conveniente hoy para el impulso y consolidación de los mecanismos alternativos de resolución de litigios.

En esta tercera parte se expondrán los criterios jurisprudenciales para la delimitación del concepto «órgano jurisdiccional» en su formulación originaria —a partir de la sentencia del *caso Vaassen-Göbbels*⁴⁷— y se analizará la evolución de su aplicación a lo largo del tiempo, poniendo de relieve las inconsistencias y contradicciones surgidas, así como los nuevos criterios que ha ido incorporando el Tribunal.

3.1. Origen de los criterios. El caso Vaassen-Göbbels

La sentencia del *caso Vaassen-Göbbels* (1966) marcó un hito en la delimitación del concepto «órgano jurisdiccional». Fue en esta donde el Tribunal de Justicia estableció por primera vez una serie de criterios orgánicos y funcionales que deben ser satisfechos por el autor del reenvío prejudicial para apreciar si este puede considerarse un órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE.

El caso que dio lugar a la sentencia se inició con la petición de decisión prejudicial del Tribunal arbitral de la caja del seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria minera de Heerlen (Países Bajos)⁴⁸. A partir de aquí, se planteó el debate de si a este tribunal arbitral, pese a no constituir una instancia integrada en la organización judicial de su estado, se le podía reconocer la cualidad de órgano jurisdiccional en el ámbito prejudicial.

El Abogado General J. Gand, en sus conclusiones, se mostró favorable a considerar al tribunal arbitral como órgano jurisdiccional. Al analizar las características del procedimiento, destacó que este era contradictorio, ya que incluía vistas, comparecencias y audiencias; que los miembros del tribunal eran designados por el Ministerio, lo que permitía presumir su independencia respecto de las partes; que el tribunal arbitral constituía una instancia obligatoria para resolver conforme a derecho toda controversia relativa al seguro de gastos de

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §62.

⁴⁷ STJUE de 30.6.1966, *Vaassen-Göbbels*, (asunto 61/65 [ECLI:EU:C:1966:39]).

⁴⁸ El órgano era el *Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*.

enfermedad de los trabajadores del sector minero; y que se trataba de un organismo de carácter permanente. En suma, cumplía los requisitos de contradicción, independencia, obligatoriedad, aplicación de normas jurídicas y permanencia.

Al mismo tiempo, el Abogado General adoptó una postura cautelosa, evitando generalizar sus conclusiones a cualquier tribunal arbitral: «si bien a mi juicio debe darse una respuesta afirmativa a la cuestión, estoy de acuerdo con el Gobierno de los Países Bajos y la Comisión en que la misma en modo alguno prejuzga el problema, muy discutido por la doctrina, de si el arbitraje entra en modo general en el campo del artículo 177»⁴⁹.

En la sentencia del caso citado, el Tribunal de Justicia reconoció la condición de órgano jurisdiccional del tribunal arbitral, basándose en los argumentos del Abogado General. El Tribunal identificó como criterios esenciales el carácter contradictorio del procedimiento, el origen legal del órgano —constitución mediante normas jurídicas—, la obligatoriedad de la jurisdicción, la aplicación de normas jurídicas y su permanencia.

El TJUE otorgó especial relevancia al carácter obligatorio de la jurisdicción, subrayando que la intervención del tribunal arbitral no derivaba de un contrato o convenio arbitral en el que las partes decidieran voluntariamente someterse al parecer de uno o varios árbitros. Por el contrario, la instancia, por imperativo normativo, imponía su jurisdicción a todos aquellos que desearan impugnar las decisiones de la caja del seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria minera, sin posibilidad de elección.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluyó que estos rasgos diferencian a este tribunal arbitral de los tribunales arbitrales convencionales y, en cambio, lo asemejan a instancias judiciales. De esta manera, se establecen los primeros criterios jurisprudenciales para la delimitación del concepto «órgano jurisdiccional»: carácter contradictorio del procedimiento, origen legal del órgano, obligatoriedad de la jurisdicción, aplicación de normas jurídicas y permanencia.

3.2. Criterios añadidos y omitidos tras *Vaassen-Göbbels*. El caso de los Tribunales Económico-Administrativos españoles

Uno de los criterios que hoy pueden considerarse esenciales en la labor de ponderación del TJUE al valorar la jurisdiccionalidad de un órgano no estaba, sin embargo, presente en el asunto *Vaassen-Göbbels*.

⁴⁹ Conclusiones del Abogado General de 17.5.1966, *Vaassen-Göbbels*, (asunto 61/65 [ECLI:EU:C:1966:25]) §13.

Se trata del criterio de la independencia, y apareció mencionado por primera vez en la sentencia *Pretore di Salò*, de 11 de junio de 1987⁵⁰. No obstante, la primera resolución en que se desarrolla dicho requisito es en la sentencia del caso conocido como *Corbiau*⁵¹.

En la sentencia del caso *Corbiau* el criterio de la independencia se interpretó como la actuación del órgano como un tercero respecto de la autoridad que adoptó la decisión objeto del procedimiento. En aquel supuesto, el Tribunal consideró que el órgano remitente no podía ser considerado independiente, porque era el propio jefe del órgano que había dictado la resolución recurrida. Esta línea interpretativa fue seguida posteriormente en el caso *Wilson*⁵², entre otros.

Sin embargo, no siempre el TJUE ha mantenido una concepción uniforme de la independencia. Existen ejemplos en los que su significado parece oscilar entre distintos requisitos, e incluso contradecir lo afirmado en pronunciamientos anteriores. Un buen ejemplo de ello es la sentencia dictada en el asunto *Dorsch Consult*⁵³, en la que, dejando al margen la condición de terceros de los miembros del órgano, el Tribunal admitió la cuestión prejudicial planteada por una comisión orgánicamente dependiente de la administración pública que era parte en el conflicto. En cambio, en los asuntos *Syfait*⁵⁴ y *Schmidt*⁵⁵, el TJUE declaró inadmisibles las cuestiones prejudiciales por considerar que los órganos remitentes mantenían un vínculo funcional con las autoridades que habían dictado las resoluciones impugnadas.

Algunos de los criterios elaborados por el Tribunal se han mantenido inalterados en el tiempo —como la creación por ley, la permanencia o la obligación de decidir conforme a Derecho—, mientras que otros han sido objeto de interpretaciones vacilantes y, en ocasiones, confusas, como sucede con los relativos a la independencia, el carácter contradictorio o la naturaleza jurisdiccional de la decisión⁵⁶. Este último criterio —la naturaleza jurisdiccional de la decisión— es introducido por la sentencia *Job Centre*⁵⁷⁵⁸. Compartimos la opinión de Ruiz-Jarabo sobre este extremo: afirmar que es órgano jurisdiccional aquel que dicta

⁵⁰ STJUE de 11.6.1987, *Pretore di Salò*, (asunto 14/86 [ECLI:EU:C:1987:275]).

⁵¹ STJUE de 30.3.1993, *Corbiau*, (asunto C-24/92 [ECLI:EU:C:1993:118]).

⁵² STJUE de 19.9.2006, *Wilson*, (asunto C-506/04 [ECLI:EU:C:2006:587]).

⁵³ STJUE de 17.9.1997, *Dorsch Consult*, (asunto C-54/96 [ECLI:EU:C:1997:413]).

⁵⁴ STJUE de 31.5.2005, *Syfait*, (asunto C-53/03 [ECLI:EU:C:2005:333]).

⁵⁵ STJUE de 16.11.2016, *Schmidt*, (asunto C-417/15 [ECLI:EU:C:2016:881]).

⁵⁶ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §18.

⁵⁷ STJUE de 19.10.1995, *Job Centre*, (asunto C-111/94 [ECLI:EU:C:1995:340]).

⁵⁸ Hasta ese momento, se habían aceptado todas las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos pertenecientes a la organización judicial de los Estados miembros. No obstante, en esta decisión, el Tribunal añade criterios adicionales que pueden llevar incluso a excluir del concepto «órgano jurisdiccional» a entidades formalmente integradas en el Poder Judicial.

una decisión jurisdiccional equivale a no decir nada; se trata de una tautología⁵⁹.

Ejemplos como estos podrían extraerse respecto de cualquiera de los requisitos identificados por la jurisprudencia. La doctrina ha destacado la existencia de pronunciamientos en los que el Tribunal ha examinado el carácter jurisdiccional del órgano remitente sin tener en cuenta alguno de estos rasgos o relajando su nivel de exigencia, siguiendo un criterio más elástico y, en realidad, poco científico⁶⁰.

Un caso paradigmático de esta tendencia lo constituye la consideración de los Tribunales Económico-Administrativos españoles (en adelante, TEA)⁶¹. El primer asunto de este grupo fue *Diversinte*⁶², en el que ni el Abogado General Gulmann ni la propia sentencia del Tribunal de Justicia pusieron en duda la legitimación del TEA Central para plantear cuestiones prejudiciales. Años más tarde, en el asunto *Gabalfrisa*⁶³, el órgano remitente fue el TEA Regional de Cataluña. En sus conclusiones, el Abogado General Saggio manifestó serias dudas acerca de la independencia de dicho órgano y del carácter contradictorio del procedimiento, dado que el TEA estaba integrado en un Ministerio y sus resoluciones eran recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, el Tribunal de Justicia concluyó que el TEA Regional de Cataluña, pese a su naturaleza administrativa, era competente para plantear una cuestión prejudicial.

Recientemente, la sentencia *Banco Santander*⁶⁴ supuso un cambio sustancial en la jurisprudencia del TJUE sobre los TEA. El caso se originó a raíz de un recurso interpuesto por el Banco Santander ante el TEA Central contra un acuerdo de liquidación de la Inspección de Hacienda. Mientras la Comisión Europea propuso excluir a los TEA del concepto de «órgano jurisdiccional» del art. 267 TFUE, la Abogacía del Estado español defendió su inclusión. El Tribunal centró su análisis en la independencia del TEAC, examinando sus dimensiones externa e interna⁶⁵. Constató que los miembros del TEAC carecen de un estatuto

⁵⁹ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §39.

⁶⁰ D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 71-82.

⁶¹ *Vid.* Un análisis detallado de la competencia prejudicial de los TEA en J. RODRÍGUEZ-MEDAL, «Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: who can refer questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, 2015, pp. 122-125.

⁶² STJUE de 1.4.1993, *Diversinte e Iberlacta*, (asuntos C-260/91 y C-261/91 [ECLI:EU:C:1993:136]) y Conclusiones del Abogado General de 3.12.1992, *Diversinte e Iberlacta*, (asuntos C-260/91 y C-261/91 [ECLI:EU:C:1992:493]).

⁶³ STJUE de 21.3.2000, *Gabalfrisa y otros*, (asuntos C-110/98 a C-147/98 [ECLI:EU:C:2000:145]).

⁶⁴ STJUE de 21.1.2020, *Banco Santander*, (asunto C-274/14 [ECLI:EU:C:2020:17]).

⁶⁵ Sobre esta cuestión, véase epígrafe 4.5.

específico que garantice su separación y protección frente al poder ejecutivo, y que el procedimiento de recurso seguido revela la existencia de vínculos orgánicos y funcionales del TEAC con el Ministerio de Hacienda.

Con ello, el TJUE adopta una interpretación estricta del requisito de independencia⁶⁶, concluyendo que los Tribunales Económico-Administrativos no pueden considerarse órganos jurisdiccionales a efectos del art. 267 TFUE. La sentencia refuerza así la independencia como criterio decisivo para distinguir entre órganos judiciales y administrativos situados en zonas grises⁶⁷.

Otros órganos administrativos que han dado lugar a una jurisprudencia igualmente oscilante son los tribunales creados para la supervisión de los procedimientos de contratación pública⁶⁸ y los tribunales de defensa de la competencia⁶⁹.

3.3. Perspectiva funcional. El papel del arbitraje de consumo en el sistema de acceso a la justicia

En el asunto Vaassen-Göbbels, el Tribunal de Justicia estableció los primeros criterios orgánicos y funcionales para determinar la naturaleza jurisdiccional de un órgano. Con el paso del tiempo, sin embargo, su jurisprudencia ha evolucionado hacia una interpretación predominantemente funcional, en la que adquiere especial relevancia no tanto la estructura institucional del órgano como las funciones concretas que este desempeña en el marco jurídico del litigio en que se plantea la cuestión prejudicial. Así, el Tribunal tiende a valorar si, en virtud de la configuración que la normativa nacional otorga al órgano remitente, puede considerarse que este ejerce funciones de naturaleza jurisdiccional. Más que atender a su configuración abstracta, el TJUE examina las funciones efectivamente ejercidas y el papel que el órgano cumple en el contexto procesal específico⁷⁰. Desde esta perspectiva, resulta

⁶⁶ BONELLI, M. y CLAES, M., «Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary», *European Constitutional Law Review*, 14 (3), 2018, p. 623: «Luxemburgo ha querido precisar que la organización de los poderes judiciales nacionales no es un asunto exclusivo de cada uno de los Estados miembros por separado, sino que los Estados miembros tienen una obligación, contenida en el derecho primario de la UE y supervisada por el Tribunal de Justicia para garantizar que sus tribunales y jueces sean independientes en los ámbitos cubiertos por la legislación de la UE».

⁶⁷ M. STANEVICIUS, «Admissibility of Requests for a Preliminary Ruling in the Case Law of the CJEU on Judicial Independence», *Teisé (Vilnius University Press)*, vol. 132, 2024, pp. 122.

⁶⁸ STJUE de 6.10.2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, (asunto C-203/14 [ECLI:EU:C:2015:664]); STJUE de 17.9.1997, *Dorsch Consult*, (asunto C-54/96 [ECLI:EU:C:1997:413]).

⁶⁹ Cfr. STJUE de 16.7.1992, *Asociación Española de Banca Privada*, (asunto C-67/91 [ECLI:EU:C:1992:330]) y STJUE de 31.5.2005, *Syfait*, (asunto C-53/03 [ECLI:EU:C:2005:333]).

⁷⁰ STJUE de 3.5.2022, *CityRail*, (asunto C-453/20 [ECLI:EU:C:2022:341]).

particularmente relevante analizar cuál es la función de los tribunales arbitrales de consumo y qué rasgos funcionales ha destacado el TJUE en su jurisprudencia.

En España, la jurisprudencia constitucional sobre arbitraje no se ha referido específicamente al arbitraje de consumo, por lo que las conclusiones que de ella se extraen deben tomarse con cautela. Tradicionalmente, el arbitraje se ha configurado como una alternativa a la jurisdicción ordinaria y, desde esta perspectiva, se ha afirmado que desempeña una función asimilada a la jurisdiccional. Sin embargo, esta equiparación ha sido matizada por la jurisprudencia constitucional más reciente. En este contexto, resulta especialmente relevante la STC 17/2021, de 15 de febrero⁷¹, que adopta una posición más restrictiva que la mantenida en pronunciamientos anteriores. La sentencia concluye que la correspondencia entre arbitraje y jurisdicción se limita únicamente a la eficacia del laudo, en la medida en que este produce los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia judicial. Así, aunque el procedimiento arbitral comparte con la jurisdicción la finalidad de resolver conflictos con eficacia vinculante, no puede considerarse que los árbitros ejerzan la jurisdicción, competencia reservada en exclusiva al Poder Judicial (art. 117 CE).

En esta misma línea, y más allá de la jurisprudencia constitucional, la STSJ de Cataluña 39/2020, de 30 de noviembre⁷², resulta especialmente clara en la delimitación de la función jurisdiccional de los árbitros. La sentencia señala que el árbitro no ejerce en sentido estricto la función jurisdiccional, pero sí una función pública de resolución de conflictos tutelada por la ley. De este modo, la función de laudar adquiere un interés público, ya que persigue la misma finalidad que la función jurisdiccional y produce decisiones con la misma fuerza vinculante.

Ante la diversidad de sistemas nacionales —incluso la ambigüedad dentro de los mismos—, el Tribunal de Justicia ha optado por no supeditar la calificación de un órgano como jurisdiccional al *nomen iuris* ni a su clasificación formal en el Derecho interno. Esta opción responde, por un lado, a la necesidad de interpretar los litigios conforme a su contexto económico y social, y, por otro, al hecho de que muchos Estados confían la resolución de controversias a órganos de naturaleza ambigua. Excluir a estos órganos del mecanismo prejudicial generaría una fragmentación de soluciones y puesta en riesgo de la uniformidad y la eficacia del Derecho de la Unión⁷³.

⁷¹ STC (Sala Primera) de 15.02.2021 (ECLI:ES:TC:2021:17).

⁷² STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1) de 30.11.2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:11713).

⁷³ I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 119.

Desde esta perspectiva funcional, podemos identificar en la jurisprudencia del TJUE una serie de notas características que son valoradas para la calificación como órgano jurisdiccional.

En primer lugar, la posibilidad de recurso de las resoluciones del órgano ante una instancia judicial es considerada un indicio de falta de jurisdiccionalidad. En cambio, los órganos que, aún sin formar parte de la estructura judicial tienen la última palabra sobre la aplicación del ordenamiento jurídico en un proceso —porque sus decisiones son irrecurribles—, deben ser tenidos en cuenta como jurisdiccionales a los efectos del 267 TFUE. En palabras del Abogado General Ruiz-Jarabo: «Sólo excepcionalmente el Tribunal de Justicia debería admitir las cuestiones prejudiciales planteadas por quien no forma parte de la organización judicial nacional, cuando el remitente sea un órgano que, no obstante situarse fuera de la estructura judicial, tenga la última palabra en el ordenamiento jurídico interno, por ser su decisión inatacable. En estos supuestos, la finalidad y la razón de ser del reenvío prejudicial hacen imprescindible que el Tribunal de Justicia admita y dé respuesta a las preguntas que se le formulen. Pese a la consolidación actual del procedimiento prejudicial, sigue siendo necesario que el Tribunal vele para que situaciones regidas por el derecho comunitario no queden fuera de su jurisdicción y, por tanto, sin una interpretación uniforme de las normas que las disciplinan»⁷⁴. Ciertamente es que el mismo Ruiz-Jarabo considera que la situación descrita es hoy día inexistente, gracias al reconocimiento del derecho a obtener una tutela judicial efectiva⁷⁵. Sin embargo, consideramos que el caso del arbitraje de consumo podría ciertamente cuestionar esta afirmación.

Este primer elemento definitorio se encuentra en cierta manera recogido en el propio art. 267 TFUE. En este se establece que cuando la cuestión surja en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial en el Derecho interno, dicho órgano estará obligado —y no solo facultado— a someter una petición de decisión prejudicial. En efecto, el propio art. 267 TFUE otorga una relevancia especial a los órganos cuyas decisiones son firmes, al imponerles la obligación de plantear cuestión prejudicial cuando no exista una instancia superior ante la que pueda interponerse recurso. Esta previsión revela la estrecha vinculación entre la definitividad de las resoluciones y la jurisdiccionalidad del órgano remitente. Desde esta perspectiva, el arbitraje de consumo plantea un caso singular, en tanto que los laudos son inatacables en cuanto al fondo.

⁷⁴ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §87.

⁷⁵ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §88.

En segundo lugar, desde una perspectiva consecuencialista, es determinante que no exista una alternativa que permita acceder al TJUE mediante reenvío prejudicial⁷⁶. En este sentido, en la sentencia al caso *Nordsee*⁷⁷, el TJUE apunta a una cuestión clave: la asistencia que los órganos judiciales pueden prestar a otros órganos de naturaleza diversa que, *de facto*, aplican Derecho y que pueden encontrarse en situaciones de dudas interpretativas. Cabe destacar, al respecto, que el art. 8 de la Ley de Arbitraje no prevé esta entre las funciones de asistencia de los tribunales a los órganos arbitrales.

Y desde esta misma perspectiva teleológica, debe tenerse en cuenta que ha de considerarse órgano jurisdiccional todo aquel que necesite serlo para evitar que algún ámbito del Derecho de la Unión quede al margen del proceso de armonización⁷⁸. Un examen de las acciones de anulación de laudos en Cataluña —única vía a través de la cual los laudos pueden acceder a la vía judicial— muestra que prácticamente ninguno corresponde a arbitrajes de consumo⁷⁹. En consecuencia, el ámbito del consumo podría quedar desplazado del sistema de control y de interpretación uniforme del Derecho de la Unión si los árbitros no pudieran plantear cuestiones prejudiciales. La doctrina, en este punto, subraya la importancia del efecto útil en la definición del concepto de «órgano jurisdiccional»⁸⁰.

4. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN ESPAÑA

La valoración de la jurisdiccionalidad de un órgano a efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales constituye un ejercicio eminentemente casuístico, dada la diversidad de naturaleza y funciones de los distintos órganos nacionales⁸¹. Aunque no resulte determinante —por la necesidad de valoración caso por caso—, es pertinente analizar

⁷⁶ Auto de 1.9.2021, *OKR*, (asunto C-387/20 [ECLI:EU:C:2021:751]), en el que el TJUE declaró inadmisile la petición de decisión prejudicial al considerar que el asunto tenía recorrido hasta un órgano jurisdiccional en vía judicial, el cual estaría en condiciones de resolver las dudas interpretativas o, en su caso, plantear la cuestión prejudicial.

⁷⁷ STJUE de 23.3.1982, *Nordsee*, (asunto 102/81 [ECLI:EU:C:1982:107]).

⁷⁸ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §82.

⁷⁹ R. BARCELÓ COMPTE y Y. MORENO CASTRO, «El principi de legalitat a la llum de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, pp. 166 y ss.

⁸⁰ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §82.

⁸¹ J. RODRÍGUEZ-MEDAL, «Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: who can refer questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, 2015, p. 118.

cierta jurisprudencia existente en materia de órganos arbitrales. Una vez más, es heterogénea, al igual que lo son los propios órganos arbitrales.

Como ejemplo paradigmático de inadmisibilidad, destaca el asunto *Nordsee*. Un aspecto particularmente relevante de esta sentencia es que en ella se establece que un arbitraje convencional no se incluye dentro del concepto de «órgano jurisdiccional». Esta línea jurisprudencial ha sido confirmada en casos posteriores, como *Merck Canada*⁸².

Sin embargo, en la sentencia del caso *Merck Canada*, tras afirmar la hipotética inadmisibilidad de una cuestión planteada por un órgano arbitral convencional, se admite finalmente la petición. En este caso —y de manera análoga en el posterior caso *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*— el TJUE concluye: «un tribunal arbitral convencional no constituye un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del art. 267 TFUE, habida cuenta de que las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y de que las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros». No obstante, «el Tribunal de Justicia ha considerado admisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal arbitral de origen legal, cuyas resoluciones eran vinculantes para las partes y cuya competencia no dependía del acuerdo entre estas»⁸³.

En la misma línea, en el caso *Danfoss*⁸⁴ se admite la cuestión planteada por un órgano arbitral. En este asunto, la solicitud de decisión prejudicial fue presentada por un tribunal arbitral danés al que la legislación nacional confería jurisdicción definitiva para conocer de los litigios relativos a los convenios colectivos entre las organizaciones de trabajadores y los empleadores. La competencia de dicho tribunal no dependía del acuerdo de las partes, ya que cualquiera de ellas podía someter el conflicto a su conocimiento, incluso frente a la oposición de la otra, y las decisiones dictadas eran vinculantes para ambas.

La competencia de un órgano arbitral dependerá, por tanto, de las características propias del arbitraje en cada caso concreto⁸⁵. En palabras del Abogado General Szpunar en el caso *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*: «el mero hecho de utilizar, en la denominación del órgano, la formulación “arbitraje” o “árbitro” no

⁸² STJUE de 12.2.2015, *Merck Canada*, (asunto C-539/13 [ECLI:EU:C:2015:87]).

⁸³ STJUE de 12.2.2015, *Merck Canada*, (asunto C-539/13 [ECLI:EU:C:2015:87]) §17 y 18.

⁸⁴ STJUE de 17.10.1989, *Danfoss*, (asunto C-109/88 [ECLI:EU:C:1989:383]).

⁸⁵ M. LÓPEZ-MEDEL Y BÁSCONES, «Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial», *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, 53 (1849), 2020, p. 2181.

debe significar que se trata de un órgano arbitral en el sentido estricto del término. En efecto, algunos órganos de los Estados miembros competentes para la resolución de disputas pueden hacer uso —en el desarrollo de su actividad— de las reglas procesales características de los órganos arbitrales [...] Este tipo de “arbitraje” debe distinguirse del arbitraje en sentido estricto que reposa sobre la capacidad (la voluntad) de las partes de confiar a un órgano no estatal (privado) la resolución de una disputa. Esta distinción es fundamental para la caracterización del órgano a los efectos del artículo 267 TFUE»⁸⁶. El Abogado General apunta a la necesidad de una interpretación moderna, adaptada a la realidad social, en la consideración de los órganos jurisdiccionales: «La especificidad de esta institución se basa únicamente en que el legislador portugués decidió permitir a los contribuyentes someter sus litigios con la Administración tributaria a un órgano jurisdiccional que funciona de forma menos formalizada, más rápida y menos onerosa que los órganos jurisdiccionales administrativos ordinarios [...] Este enfoque, por así decir, postmoderno de la justicia es el resultado de la evolución del sistema judicial y del sistema jurídico en su conjunto. El Tribunal de Justicia no puede permanecer insensible a esta evolución, sino que debe adaptar su práctica, y, en consecuencia, la interpretación del artículo 267 TFUE»⁸⁷. Desde una postura plenamente funcional, el Abogado General concluye que «denegar a los órganos jurisdiccionales arbitrales en materia tributaria la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia privaría a estos de una parte significativa de la influencia sobre la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales portugueses en materia tributaria, es decir, en un ámbito ampliamente armonizado en el Derecho de la Unión y que tiene una incidencia directa sobre los derechos y obligaciones de los justiciables. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este riesgo forma parte de las circunstancias que pueden llevar a sostener un reconocimiento de la competencia del órgano en cuestión para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia»⁸⁸.

En este epígrafe procederemos a realizar un ejercicio teórico consistente en analizar la eventual admisibilidad de una cuestión prejudicial que hipotéticamente pudiera ser planteada por un órgano arbitral de consumo español. Órganos que, por definición, tienen naturaleza administrativa⁸⁹.

⁸⁶ Conclusiones del Abogado General de 8.4.2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta* (asunto C-377/13 [ECLI:EU:C:2014:246]) §19.

⁸⁷ Conclusiones del Abogado General de 8.4.2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta* (asunto C-377/13 [ECLI:EU:C:2014:246]) §50.

⁸⁸ Conclusiones del Abogado General de 8.4.2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta*, (asunto C-377/13 [ECLI:EU:C:2014:246]) §51.

⁸⁹ Art. 4.1 Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC).

4.1. Origen legal y carácter permanente

El TJUE ha querido evitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de órganos creados de forma provisional o puntualmente para la resolución de una disputa específica. Por ello, establece los requisitos de origen legal y carácter permanente del órgano. Aunque distintos, son dos requisitos, en cierta manera, dependientes el uno del otro. Se evita, así, el riesgo de abusar del procedimiento prejudicial construyendo litigios artificiales y órganos *ad hoc* para su resolución⁹⁰. Precisamente por este motivo se han generado dudas al respecto del carácter de los órganos arbitrales, especialmente los de carácter privado, dado que su constitución, designación o composición en ocasiones se determina *ad hoc*. Pero, como venimos apuntando, los órganos arbitrales de consumo no pueden subsumirse plenamente en las categorías del arbitraje convencional.

Por lo que respecta al origen legal, lo que pretende justificar el TJUE es que los órganos competentes para el planteamiento de cuestiones prejudiciales no sean otros que los que el Estado cree o designe para la aplicación del Derecho europeo⁹¹. Por faltar esta vinculación con el poder público, el Tribunal de Justicia se ha declarado incompetente para responder cuestiones prejudiciales planteadas por órganos establecidos por acuerdo entre las partes al margen de la estructura organizativa del Estado⁹². En cambio, el hecho que el ente actúe con la aprobación y concurso del Estado funciona como *ratio decidendi* para considerar el requisito cumplido⁹³. La integración de los órganos arbitrales portugueses en el sistema judicial es una buena muestra de ello. Así, en el caso *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, el TJUE destaca que los tribunales arbitrales figuran en la lista de órganos jurisdiccionales nacionales (art. 209 de la Constitución de la República Portuguesa) y que el régimen jurídico del arbitraje tributario se encuentra regulado el Decreto-ley 10/2011, de 20 de enero de 2011⁹⁴. De esta argumentación podemos extraer otra conclusión: que el origen deba ser legal no restringe que el tipo de normas relativas al arbitraje deban ser estrictamente leyes, sino que debe hacerse una interpretación más extensiva y sistemática del requisito.

El origen legal implica, en cierta manera, el carácter permanente del órgano. Este último criterio no está especialmente desarrollado por

⁹⁰ M. BROBERG y N. FINGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 3.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 62.

⁹¹ STJUE de 23.3.1982, *Nordsee*, (asunto 102/81 [ECLI:EU:C:1982:107]) §12-13.

⁹² Por ejemplo, en el ya citado caso *Nordsee*.

⁹³ STJUE de 6.10.1981, *Broekmeulen*, (asunto C-246/80 [ECLI:EU:C:1981:218]).

⁹⁴ STJUE de 12.6.2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta*, (asunto C-377/13 [ECLI:EU:C:2014:1754]) §24.

la jurisprudencia. Precisamente es porque, quizás, deriva del anterior. No obstante, en líneas generales, podemos afirmar que cumplirán el requisito de la permanencia los órganos establecidos de forma duradera y sin ningún tipo de limitación temporal⁹⁵.

En el asunto *Danfoss* se estimó el carácter permanente de un tribunal arbitral danés porque la creación del organismo no tenía por finalidad resolver un litigio concreto, sino que su competencia se establecía legalmente y con carácter general para la resolución de un determinado tipo de litigios laborales. El requisito del carácter permanente se ha aplicado de forma tan laxa que incluso en el asunto *Merck Canada*, en el que el órgano arbitral se disolvía una vez adoptado el laudo, se consideró cumplido. En este caso, lo que llevó a entender que se garantizaba el requisito de la permanencia fue que el tribunal se erigía sobre una base legal, disponía de competencia obligatoria y aplicaba normas procesales legales.

Con estos antecedentes, creemos que podemos concluir que los órganos arbitrales de consumo cumplirían con los requisitos de origen legal y carácter permanente. El arbitraje institucional está previsto en la Ley de Arbitraje⁹⁶. El Sistema Arbitral de Consumo está regulado por Real Decreto⁹⁷. Y las normas procesales aplicables al procedimiento arbitral están reguladas por ley⁹⁸. A diferencia de los arbitrajes privados, el arbitraje de consumo se encuentra, de esta manera, estrechamente vinculado con los poderes públicos. De hecho, es una manifestación del deber constitucional de estos de garantizar la defensa de los consumidores y la protección de sus intereses mediante procedimientos eficaces⁹⁹.

4.2. Jurisdicción obligatoria

Entre los criterios de determinación dibujados por el TJUE, destaca el de la jurisdicción obligatoria. En nuestra opinión, uno de los núcleos de la controversia cuando se trata de valorar la naturaleza jurisdiccional de los órganos arbitrales de consumo.

La doctrina no es unánime en cuanto a la valoración de la centralidad de este requisito. Mientras que algunos autores lo consideran un elemento decisivo¹⁰⁰, para otros, aunque le reconozcan cierta relevancia, no es indispensable¹⁰¹.

⁹⁵ I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 131.

⁹⁶ Art. 14 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA).

⁹⁷ Art. 1.1 RDSAC.

⁹⁸ Por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁹⁹ Art. 51.1 CE.

¹⁰⁰ M. JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 190 y ss.

¹⁰¹ M. BROBERG Y N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 3.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 65.

A lo largo de los años, el TJUE ha ido definiendo la obligatoriedad de la jurisdicción desde distintos prismas y con matices diversos; unos más beneficiosos que otros para la consideración de los órganos arbitrales de consumo. Ha diferenciado dos vertientes de la obligatoriedad; optando unas veces por una de ellas, y otras por la acumulación de ambas. En palabras del propio Tribunal: «puede significar bien que las partes deben estar obligadas a dirigirse al órgano remitente para la resolución de su litigio, bien que las resoluciones de dicho órgano tienen que ser vinculantes»¹⁰².

Es bien sabido que la sumisión al arbitraje de consumo en España tiene naturaleza voluntaria para las partes¹⁰³. Y también lo es que el laudo es título ejecutivo¹⁰⁴ y produce efectos de cosa juzgada¹⁰⁵.

La segunda de las interpretaciones —que las resoluciones del órgano sean vinculantes— ha sido plasmada en múltiples sentencias¹⁰⁶. En algunas, no obstante, de forma cumulativa a otros requisitos. Por ejemplo, en el caso *Florence Emmanuel*, además de la fuerza vinculante de las resoluciones, el TJUE apuntó a que la opción elegida por las partes, pese a no ser de sumisión obligatoria, era una de las opciones legalmente previstas. En el caso *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, además de destacar la naturaleza de las resoluciones del órgano arbitral, apuntó al hecho que la competencia resultaba directamente de las disposiciones de un texto legal, no de la voluntad de las partes.

La sentencia del caso *Nordsee*, sin embargo, es clara y severa en favor de la primera de las interpretaciones de la obligatoriedad citadas: pese a que los laudos del órgano arbitral producían efectos de cosa juzgada, el órgano no podía considerarse jurisdiccional porque las partes no tenían ninguna obligación de confiar la resolución de sus litigios al arbitraje, entre otras cosas. A idénticas conclusiones llega en el asunto *Denuit y Cordenier*¹⁰⁷. Frente a esta línea argumental, la Abogada General Kokott, en sus conclusiones al asunto *Valeri Hariev Belov*, desarrolla un razonamiento particularmente sutil: «si ante la mera existencia de diferentes alternativas para obtener protección jurídica se negase la existencia de una jurisdicción obligatoria, entonces, siendo estrictos, ni siquiera un tribunal civil clásico podría remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial»¹⁰⁸.

¹⁰² STJUE de 17.9.1997, *Dorsch Consult* (asunto C-54/96 [ECLI:EU:C:1997:413]) §27.

¹⁰³ Art. 1.3 RDSAC.

¹⁰⁴ Art. 517.2.º LEC.

¹⁰⁵ Art. 43 LA.

¹⁰⁶ Por ejemplo, STJUE de 6.7.2000, *Abrahamsson y Anderson* (asunto C-407/98 [ECLI:EU:C:2000:367]); STJUE de 30.3.2006, *Elizabeth Florence Emanuel* (asunto C-259/04 [ECLI:EU:C:2006:215]); STJUE de 31.1.2013, *Valeri Hariev Belov*, (asunto C-394/11 [ECLI:EU:C:2013:48]).

¹⁰⁷ STJUE de 27.1.2005, *Denuit y Cordenier* (asunto C-125/04 [ECLI:EU:C:2005:69]).

¹⁰⁸ Conclusiones de la Abogada General de 20.9.2012, *Valeri Hariev Belov* (asunto C-394/11 [ECLI:EU:C:2012:585]) §46 y 47.

En una aproximación diferente, en el caso *Margarit Panicello* se apuntan argumentos distintos a los anteriores. En este caso, la obligatoriedad se aborda desde el prisma de las causas de inadmisibilidad de demandas. El propio TJUE admite que, en ocasiones anteriores, ha admitido la obligatoriedad de órganos con competencia facultativa, pero considera que, en esos casos, el procedimiento era plenamente jurisdiccional. A diferencia de estos, el procedimiento de jura de cuentas español no puede considerarse jurisdiccional. Entre otras cosas, porque la incoación del procedimiento no impide que un tribunal ordinario sustancie autónomamente un proceso declarativo con el mismo objeto; es decir, no constituye causa de inadmisibilidad¹⁰⁹. El Abogado General, sin embargo, considera que el hecho de que el procedimiento ante el secretario judicial no genere litispendencia no puede ser argumento para negar la jurisdicción; de lo contrario, también debería cuestionarse la condición de órgano jurisdiccional de los tribunales ordinarios que conocen de la reclamación contenciosa en paralelo a los secretarios judiciales¹¹⁰. Sea como fuere, lo cierto es que la sustanciación de un procedimiento arbitral de consumo sí que crea litispendencia: el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje¹¹¹.

Sin apartarnos del caso *Margarit Panicello*, el TJUE apunta otra crítica contra la jurisdiccionalidad de los secretarios judiciales. Declara que los decretos de los secretarios judiciales, aun siendo firmes e inmediatamente ejecutivos, no gozan de los atributos de una resolución judicial, especialmente del efecto de cosa juzgada. Una vez más, podemos afirmar que a los laudos arbitrales no les es aplicable la misma crítica.

Otro de los debates suscitados en relación con la obligatoriedad, desde una perspectiva funcional, es la valoración de la obligatoriedad *de facto*. Es decir, la situación en que, atendiendo al contexto fáctico, las partes no tienen otra vía real para hacer valer sus derechos. O, incluso, existiendo otras alternativas, la consideración de lo que se ha convertido en costumbre.

Un ejemplo representativo de ello lo encontramos en el caso *Broekmeulen*. Los argumentos del Tribunal en este caso son particularmente relevantes para el objeto de este trabajo. En un ejercicio de reconocimiento de la autonomía de los Estados y de su amplia diversidad, el Tribunal reconoce que «corresponde a los Estados miembros adoptar, cada uno en su territorio, las medidas necesarias para garantizar la completa ejecución de las disposiciones adoptadas por las Instituciones de

¹⁰⁹ STJUE de 16.2.2017, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2017:126]) §33 y 34.

¹¹⁰ Conclusiones de la Abogado General de 15.9.2016, *Margarit Panicello* (asunto C-503/15 [ECLI:EU:C:2016:696]) §89.

¹¹¹ Art. 11 LA.

la Comunidad. Si, con arreglo al sistema jurídico de un Estado miembro, se confía a un organismo profesional que actúa bajo una cierta tutela administrativa, la aplicación de las disposiciones adoptadas por las Instituciones de la Comunidad y si dicho organismo establece, en este contexto, y con la colaboración de las Administraciones Públicas afectadas, vías jurisdiccionales que puedan afectar al ejercicio de los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico comunitario, la eficacia de este último exige que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre las cuestiones de interpretación y validez que pudieran plantearse en el marco de un litigio semejante»¹¹². Sigue diciendo que «a falta en la práctica de una vía jurisdiccional efectiva ante los tribunales ordinarios en una materia relativa a la aplicación del Derecho comunitario, la Comisión de Apelación, que ejerce sus funciones con la aprobación de las autoridades públicas y que actúa con su concurso y cuyas decisiones, a las que se llega tras un procedimiento contradictorio, son de hecho reconocidas como definitivas, debe considerarse como órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos del artículo 177 del Tratado»¹¹³.

En consecuencia, la *ratio decidendi* del caso *Broekmeulen* reside en la existencia, en la práctica, de una vía jurisdiccional efectiva. Resulta cuando menos discutible que la vía judicial pueda considerarse verdaderamente efectiva para la resolución de los conflictos de consumo en España. El arbitraje, por su parte, constituye la única alternativa a la jurisdicción ordinaria que concluye con títulos de carácter jurisdiccional¹¹⁴. ¿Cabe, por tanto, considerar que el arbitraje de consumo representa la única vía jurisdiccional efectiva en este ámbito?

Otro ejemplo de lo anterior lo encontramos en el caso *Consorti Maresme*. En este, se examina si el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en adelante, TCCSP) —órgano de naturaleza administrativa, según el Derecho español—, puede considerarse órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial. En sus observaciones, el Gobierno español reconoce que no es obligatorio acudir a este órgano ante un eventual conflicto; es posible ir directamente a la vía judicial. Sin embargo, constata que en la inmensa mayoría de supuestos los conflictos se suscitan ante este órgano. Dada la realidad, el Gobierno español considera que se cumple con el requisito del carácter obligatorio porque, en la práctica, es el primer órgano que conoce de las cuestiones y aplica Derecho de la Unión. El TJUE, en la sentencia, entra a valorar el criterio de la obligatoriedad. Entre otros argumentos, constata que, a pesar de que el recurrente podía optar entre el recurso ante el TCCSP o la vía judicial contenciosa-administrativa,

¹¹² STJUE de 6.10.1981, *Broekmeulen* (asunto C-246/80 [ECLI:EU:C:1981:218]) §16.

¹¹³ STJUE de 6.10.1981, *Broekmeulen* (asunto C-246/80 [ECLI:EU:C:1981:218]) §17.

¹¹⁴ Véase, por todas, STC 17/2021, de 15 de febrero.

la competencia de este no dependía del acuerdo entre las partes y las resoluciones del órgano eran vinculantes. Seguidamente, repara en el hecho de que las partes no interponen, como regla general, recurso contencioso-administrativo, sin haber planteado antes un recurso ante el TCCSP. Concluye, por tanto, que la tarea de velar por el respeto del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos en Cataluña corresponde, en primer lugar, al TCCSP. En consecuencia, admite el requerimiento prejudicial del órgano administrativo.

Cabe añadir, además, que algunos arbitrajes de consumo en España presentan particularidades que los aproximan a la idea de obligatoriedad de la sumisión.

En primer lugar, el ejemplo más ilustrativo es el del arbitraje de transporte. En este ámbito, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres establece una presunción de sumisión, con posibilidad de *opt-out*¹¹⁵. Aunque se trata de un arbitraje sectorial inicialmente no concebido para resolver conflictos de consumo, lo cierto es que las juntas arbitrales de transporte conocen de reclamaciones presentadas por consumidores en relación con servicios de transporte.

En segundo lugar, determinadas normas sectoriales que regulan servicios de suministros básicos imponen a las empresas la obligación de someterse bien a un órgano administrativo específico, bien a las juntas arbitrales de consumo¹¹⁶. Aunque no se trata de la única vía prevista, en estos casos la competencia de las juntas de consumo deriva directamente de una disposición legal, y no de un acuerdo voluntario entre las partes.

Por último, merece mención especial el supuesto en que una empresa se ha adherido previamente al sistema arbitral de consumo mediante una Oferta Pública de Adhesión¹¹⁷. En tales casos, pese a que la adhesión se haya realizado de forma voluntaria en origen, cuando el consumidor interpone la reclamación, el convenio arbitral se entiende perfeccionado sin necesidad de acuerdo entre las partes¹¹⁸.

En este contexto, cabe plantearse si, en tales supuestos, resulta aún más plausible entender cumplido el requisito de la obligatoriedad para la consideración de las juntas arbitrales de consumo como órganos jurisdiccionales a los efectos del art. 267 TFUE.

¹¹⁵ Art. 38.1.III Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

¹¹⁶ En el caso del suministro eléctrico, véanse arts. 43 y 46.1.n) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

¹¹⁷ Arts. 24 y ss. RDSAC.

¹¹⁸ Art. 23 RDSAC.

4.3. Carácter contradictorio

Otro de los criterios relevantes es el carácter contradictorio del procedimiento. Este requisito implica que la decisión del órgano debe adoptarse tras un debate contradictorio, en el que las partes tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos e intereses jurídicamente protegidos¹¹⁹. Sin embargo, ha sido un requisito interpretado de forma especialmente laxa por el Tribunal, generalmente. Probablemente, por la diversidad de procedimientos existentes en los Estados miembros y la autonomía procesal de estos¹²⁰.

El Tribunal ha relativizado progresivamente la exigencia de contradicción en el procedimiento, hasta llegar a casi a obviarlo. En el caso *Gabalfria*, el Tribunal mostró una notable flexibilidad al considerar que la normativa reguladora de los TEA españoles garantizaba adecuadamente la contradicción. Basó su razonamiento únicamente en que, durante el procedimiento, las partes podían presentar alegaciones, aportar pruebas y solicitar la celebración de una vista pública (aunque no se celebrara). De manera aún más evidente, en el caso *Dorsch Consult*, el Tribunal admitió una cuestión prejudicial planteada por una instancia administrativa en un procedimiento sin contradicción formal, en el que las partes no eran oídas por el órgano que resolvía el conflicto. Recordó que la exigencia de un procedimiento contradictorio no es un criterio absoluto¹²¹.

Así pues, en líneas generales, puede afirmarse que el principio de contradicción ha sido tratado con flexibilidad por el Tribunal de Justicia. Si bien se invoca con frecuencia, su peso se ha visto atenuado hasta convertirse en un criterio relevante, pero no determinante¹²².

En el ámbito del arbitraje, tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales Superiores de Justicia han sido claros al señalar que las garantías del procedimiento arbitral derivan directamente de la Ley de Arbitraje, por lo que no resulta procedente exigirle los mismos estándares que a los tribunales judiciales¹²³.

¹¹⁹ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster* (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §29.

¹²⁰ I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 144.

¹²¹ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster* (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §36.

¹²² I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 153.

¹²³ Esto ha sido puesto de manifiesto, especialmente, respecto del deber de motivación. Para un análisis más detallado, véanse R. BARCELÓ COMPTE y Y. MORENO CASTRO, «El principi de legalitat a la llum de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, pp. 127-135.

Tanto la Ley de Arbitraje como el Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo establecen que el procedimiento arbitral de consumo debe ajustarse a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad¹²⁴. Además, regulan con detalle las garantías necesarias para asegurar una contradicción efectiva¹²⁵. Por ello, no parece que el cumplimiento de este requisito planteara dificultades significativas en el caso de que un órgano arbitral de consumo planteara una cuestión prejudicial al TJUE.

4.4. Normas jurídicas

Desde la perspectiva del contenido sustantivo de las resoluciones, el TJUE exige, como requisito para considerar a un órgano como jurisdiccional, que este aplique normas jurídicas al resolver los conflictos.

En general, el Tribunal se ha limitado a constatar —sin un desarrollo argumentativo significativo— que el órgano remitente efectivamente aplica normas de Derecho¹²⁶. Si partimos de la premisa que las cuestiones prejudiciales solo pueden suscitarse con relación a la interpretación o validez de normas de Derecho de la Unión que, además, sean necesarias para la resolución del procedimiento en instancias nacionales, sería difícil imaginar una situación en la que el órgano solicitante no estuviera aplicando normas jurídicas.

En algunos casos, observamos como el TJUE no solamente se refiere a normas jurídicas substantivas aplicables al fondo del asunto, sino también a las procedimentales que rigen la actuación del órgano. Así, en el caso *Dorsch Consult*, la Comisión Europea puso de manifiesto en sus observaciones que el órgano no cumplía el requisito de aplicar normas jurídicas porque el procedimiento ante dicho órgano se regía por unas normas internas que el propio ente tenía que establecer y que no producían efectos ante terceros ni se publicaban. Sin embargo, el TJUE consideró cumplido el requisito a partir de unas exigencias procedimentales generales que eran aplicables al órgano. Teniendo en cuenta este laxo nivel de exigencia, no creemos que fuera un punto problemático desde la perspectiva del arbitraje de consumo en España.

La cuestión controvertida que suscita el arbitraje de consumo es la posibilidad de resolución de los litigios en equidad. El arbitraje de consumo, defectivamente, se decidirá en equidad, excepto si las partes optan expresamente por el arbitraje en Derecho¹²⁷.

¹²⁴ Arts. 24 LA; 31.2 RDSAC.

¹²⁵ Arts. 17 y 18 LA; 35 a 42 RDSAC.

¹²⁶ I. SOCA TORRES, *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015, p. 161.

¹²⁷ Art. 31.4 RDSAC.

Lo cierto es que el TJUE ya se ha ocupado de la cuestión del arbitraje de equidad en alguna ocasión anterior. En efecto, en el caso *Danfoss* el Tribunal precisó que no pueden ser considerados órganos jurisdiccionales, a los efectos de entablar el diálogo prejudicial, aquellos que ejercen funciones decisorias basadas exclusivamente en juicios de equidad. Por el contrario, sí pueden ser incluidos en dicho concepto cuando los juicios de equidad se integran o están subordinados a un enjuiciamiento principal fundado en normas de Derecho.

De forma análoga a lo que sucedía con otros requisitos, también respecto de la aplicación de normas jurídicas existe jurisprudencia algo vacilante. En el caso *Almelo*, enjuiciando la admisibilidad de una petición prejudicial planteada por un órgano judicial que conocía de un recurso contra un laudo arbitral, el Tribunal entendió que debía considerarse órgano jurisdiccional incluso en el caso de que, en virtud del convenio arbitral celebrado entre las partes, dicho órgano jurisdiccional «deba resolver en calidad de amigable componedor»¹²⁸.

No menos controvertido es el alcance de la equidad en relación con los límites que imponen las normas jurídicas en la resolución de arbitrajes de consumo. Tradicionalmente, han coexistido dos tendencias doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la concepción del arbitraje en equidad. Por un lado, la que entiende que a la resolución del litigio se llega sin necesidad de aplicar normas jurídicas; que el árbitro resuelve *ex aequo et bono*¹²⁹. Por otro, la interpretación que sostiene que en el laudo en equidad no se pueden desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo; la que entiende la equidad en el sentido del primer inciso del art. 111-9 del Código Civil de Cataluña (CCCat): «*l'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació de les normes*»¹³⁰.

No podemos en este trabajo ahondar de forma extensiva en esta cuestión. Sin embargo, sea cual fuere la correcta entre ambas interpretaciones —si es que existe una—, lo que está claro es que el arbitraje en equidad tiene un límite: el órgano arbitral nunca podrá desconocer las normas imperativas de consumo¹³¹. Y, en el contrato de compraventa de consumo, en Cataluña, todas las normas son imperativas^{132, 133}. Por tanto, aun cuando resolviera en equidad, el órgano arbitral estaría aplicando, de una u otra forma, normas jurídicas.

¹²⁸ STJUE de 27.4.1994, *Almelo* (asunto C-393/92 [ECLI:EU:C:1994:171]) §24.

¹²⁹ STS de 20.02.1982 (RJ/1982/785); STS de 08.11.1985 (RJ/1985/5517); STS de 28.11.1988 (RJ/1988/8716); STS de 03.03.1989 (RJ/1989/9882).

¹³⁰ STS de 30.05.1987 (RJ/1987/3853).

¹³¹ Art. 11 Directiva ADR; 16 Ley 7/2017.

¹³² Art. 621-2.2 CCCat.

¹³³ Véanse R. BARCELÓ COMPTE y Y. MORENO CASTRO, «El principi de legalitat a la llum de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, pp. 164-166.

4.5. Independencia

Como se ha expuesto en líneas anteriores, el requisito de la independencia no estuvo presente en la primera formulación de los criterios para determinar qué es un órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE. Pese a eso, en los últimos años el criterio de la independencia se ha revelado como uno de los más relevantes¹³⁴.

La independencia cuenta con dos dimensiones: la externa y la interna. Ambas deben estar garantizadas para que un órgano pueda considerarse jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial. Encontramos una clara definición de ambas dimensiones, respectivamente, en la sentencia al caso *Wilson*: «la existencia de reglas específicas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio»¹³⁵. En síntesis, la dimensión externa de la independencia hace referencia a que el órgano esté protegido contra injerencias o presiones externas. Y la interna se aproxima al concepto de imparcialidad, requiriendo la equidistancia del órgano respecto a las partes del litigio.

En las conclusiones del caso *De Coster*, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer describe un progresivo relajamiento del requisito de la independencia¹³⁶. En su opinión, este culmina en la sentencia *Gabalfrisa*. En ella, el TJUE examina la naturaleza del TEA Regional de Cataluña, integrado orgánicamente en el Ministerio de Hacienda, administración responsable de los actos que habían de ser enjuiciados. Pese a lo expuesto, y a las dudas planteadas por el Abogado General Saggio, el TJUE admitió la cuestión.

Esta tendencia hacia la laxitud, sin embargo, se trunca en el reciente caso *Banco Santander*. El TJUE se plantea, una vez más, si el TEA Central español puede considerarse órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE. Por lo que respecta a la dimensión externa de la independencia, el Tribunal destaca que «el régimen de separación de los miembros del TEAC no está previsto en una normativa específica, mediante disposiciones legales expresas como las aplicables a los miembros del poder judicial [...] a los miembros del TEAC se les apli-

¹³⁴ P. CONCELLÓN FERNÁNDEZ, «El concepto de órgano jurisdiccional nacional: una noción en permanente revisión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 2020, p. 633.

¹³⁵ STJUE de 19.9.2006, *Wilson*, (asunto C-506/04 [ECLI:EU:C:2006:587]) §53.

¹³⁶ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster*, (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §19 y ss.

can únicamente las normas generales del Derecho administrativo y, en particular, el Estatuto Básico del Empleado Público»¹³⁷. En el mismo sentido se había pronunciado el Abogado General Hogan —y también la Comisión Europea en sus observaciones escritas: «el solo hecho de que los miembros del TEAC hayan sido cesados mediante decreto-ley por motivos que parecen obedecer a la conveniencia del Gobierno de turno basta, por sí mismo, para demostrar que el TEAC carece de esta crucial característica»¹³⁸. Y, desde el punto de vista de la dimensión interna de la independencia, el TJUE considera que las propias características del recurso suscitado ante el TEA ponen de manifiesto los vínculos orgánicos y funcionales que existen entre el órgano y el Ministerio. Coherentemente, concluye que «algunas características del procedimiento de recurso extraordinario ante la Sala Especial para la Unificación de Doctrina regulado por el artículo 243 de la LGT contribuyen a poner en duda que el TEAC tenga la condición de tercero con respecto a los intereses en litigio»¹³⁹.

Consideramos que la dimensión interna de la independencia se encuentra adecuadamente garantizada en el Sistema Arbitral de Consumo. Si bien es la Administración pública la que presta el servicio arbitral, los conflictos que se resuelven son de naturaleza estrictamente privada, sin que exista por parte de la Administración ningún vínculo, conexión o interés en las controversias sometidas a arbitraje¹⁴⁰. Además, la institucionalización del sistema provoca que no sean las partes en el litigio las encargadas de la designación de los árbitros —a diferencia de un arbitraje privado convencional. Y, en esta misma línea, se prevén mecanismos de recusación y abstención de los árbitros para garantizar la imparcialidad de estos¹⁴¹.

En cuanto a la dimensión externa, la composición de las juntas, la acreditación y el nombramiento de los árbitros, así como la retirada de su acreditación, están regulados en el Real Decreto del Sistema Arbitral de Consumo¹⁴². En particular, el art. 11.1 de dicho Real Decreto establece de manera específica las causas que pueden motivar la retirada de la acreditación de los árbitros. Si bien no puede afirmarse que la independencia externa esté garantizada en la misma medida que en la vía judicial, sí puede sostenerse que se cumplen —al menos en términos teóricos— los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE en este ámbito.

¹³⁷ STJUE de 21.1.2020, *Banco Santander* (asunto C-274/14 [ECLI:EU:C:2020:17]) §66.

¹³⁸ Conclusiones del Abogado General de 1.10.2019, *Banco Santander* (asunto C-274/14 [ECLI:EU:C:2019:802]) §38.

¹³⁹ STJUE de 21.1.2020, *Banco Santander* (asunto C-274/14 [ECLI:EU:C:2020:17]) §73.

¹⁴⁰ Art. 1.2 RDSAC.

¹⁴¹ Art. 14 y 15 RDSAC.

¹⁴² Arts. 5 y 9 a 11 RDSAC.

5. CONCLUSIONES

El concepto «órgano jurisdiccional» reviste una importancia central en el sistema jurídico de la Unión Europea, especialmente a efectos del art. 267 TFUE, condicionando el acceso al mecanismo de la cuestión prejudicial. Determinar qué órganos pueden ser calificados como jurisdiccionales no constituye una cuestión baladí, sino un elemento decisivo para la efectividad del Derecho de la Unión y la uniformidad de su aplicación en los Estados miembros.

Sin embargo, tanto la normativa europea como la jurisprudencia del TJUE carecen de una definición clara y delimitada del concepto. Esta indefinición ha dado lugar a una evolución casuística y, en consecuencia, a una jurisprudencia en ocasiones inconsistente, donde el reconocimiento o denegación del carácter jurisdiccional de determinados órganos parece depender de criterios interpretativos variables. En palabras del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer: «la consecuencia es una jurisprudencia flexible en exceso y carente de la necesaria coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta. Las profundas contradicciones que se observan entre las soluciones propuestas por los abogados generales en sus conclusiones y las adoptadas por el Tribunal de Justicia en sus sentencias ilustran la falta de señalización en el camino, con el consiguiente riesgo de extravío. Es una jurisprudencia casuística, muy elástica y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial suscitada por Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataría»¹⁴³.

La ausencia de una definición precisa genera una evidente falta de seguridad jurídica y favorece la existencia de soluciones divergentes entre los distintos Estados miembros y, dentro de los mismos, entre órganos de naturaleza similar. Estas diferencias representan un obstáculo para la uniformidad de la Unión.

Consideramos que el TJUE no puede permanecer insensible a la realidad social y a la evolución de las vías de acceso a la justicia. Si el reconocimiento de la condición de órgano jurisdiccional se mantiene restringido a las estructuras judiciales tradicionales, existe el riesgo de que la evolución del Derecho europeo quede estancada, ignorando la creciente relevancia de los mecanismos extrajudiciales, como el arbitraje de consumo.

Tras el análisis de los criterios de determinación, creemos que los órganos arbitrales del Sistema Arbitral de Consumo español podrían considerarse, al menos potencialmente, como órganos jurisdiccionales a los efectos del art. 267 TFUE. A pesar de que ciertos requisitos plan-

¹⁴³ Conclusiones del Abogado General de 28.6.2001, *De Coster* (asunto C-17/00 [ECLI:EU:C:2001:366]) §14.

tean dificultades —en particular, la obligatoriedad de las decisiones y la aplicación de normas jurídicas—, existen interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que permiten defender su encaje en la noción funcional de «órgano jurisdiccional».

Por todo ello, resulta imprescindible que el TJUE adopte —o mantenga— una interpretación moderna, evolutiva y funcional del concepto de «órgano jurisdiccional», que atienda a la finalidad del mecanismo prejudicial y a la realidad actual de los sistemas de justicia.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., «La noción de órgano jurisdiccional a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», en MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (coord.), FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y MENÉNDEZ REXACH, E. (dirs.), *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2011.
- ALTER, K., *Establishing the Supremacy of European Union Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- ANDERSON, D. W. K., y DEMETRIOU, M., *References to the European Court*, London, Sweet & Maxwell, 2002.
- BARCELÓ COMPTE, R. y MORENO CASTRO, Y., «El principi de legalitat a la llum de l'arbitratge de consum: música celestial?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 28, 2023, pp. 119-172.
- BONELLI, M. y CLAES, M., «Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary», *European Constitutional Law Review*, 14 (3), 2018, pp. 622-643.
- BROBERG, M. y FENGER, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, 3.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2021.
- CARUBBA, C. J., GABEL, M. y HANKLA, C., «Understanding the role of the European Court of Justice in European integration», *American Political Science Review*, 106 (1), 2012, pp. 214-223.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Los secretarios judiciales no son órganos jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RGDE*, núm. 42, 2017, pp. 128-141.
- CIENFUEGOS MATEO, M., «Juez nacional - Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coords.), BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 5: *Sistema jurisdiccional de la UE*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P., «El concepto de órgano jurisdiccional nacional: una noción en permanente revisión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 2020, pp. 629-658.
- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P., *Los órganos jurisdiccionales españoles y la cuestión prejudicial*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020.

- DÍAZ ABAD, N., «España, veinticinco años de presencia y jurisprudencia en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 315, 2011, pp. 17-27.
- JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996.
- LENAERTS, K., ARTS, D. y MASELIS, I., *Procedural Law of the European Union*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006.
- LARSSON, O. y NAURIN, D., «Judicial independence and political uncertainty: how the risk of override affects the Court of Justice of the EU», *International Organization*, 70 (2), 2016, pp. 377-408.
- LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, M., «Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial», *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, 53 (1849), 2020, pp. 2177-2193.
- RODRÍGUEZ-MEDAL, J., «Concept of a court or tribunal under the reference for a preliminary ruling: who can refer questions to the Court of Justice of the EU?», *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, 2015, pp. 104-146.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 71-82.
- *La Justicia de la Unión Europea*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- SOCA TORRES, I., *El concepto de órgano jurisdiccional en el planteamiento de la cuestión prejudicial europea*, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2015.
- STANEVICIUS, M., «Admissibility of Requests for a Preliminary Ruling in the Case Law of the CJEU on Judicial Independence», *Teisé (Vilnius University Press)*, vol. 132, 2024, pp. 120-134.
- STONE SWEET, A. y BRUNELL, T. L., «The European Court of Justice, state noncompliance, and the politics of override», *American Political Science Review*, 106 (1), 2012, pp. 204-213.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estadísticas – Tribunal de Justicia de la Unión Europea: año 2024*, Luxemburgo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2025. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-05/ra_es_statistiques_24_-b_statistiques-cour-.pdf (última consulta realizada el 5/11/2025).
- TRIDIMAS, T., «Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure», *Common Market Law Review*, 40, 2003, pp. 9-50.
- VOET, S. ET AL., «Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR)», KU Leuven, 2022.

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 507-529
DOI: 10.37417/VSECC/17
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL ARBITRAJE DE CONSUMO, POTESTATIVO PARA LAS PERSONAS CONSUMIDORAS, OBLIGATORIO PARA LAS EMPRESAS: UNA NUEVA PROPUESTA LEGISLATIVA*

Mariló GRAMUNT FOMBUENA
Profesora titular de Dret civil
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. EL CONTEXTO: EL INCREMENTO DE LOS LITIGIOS DE CONSUMO Y LA SOBRECARGA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES.— 2. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO COMO PROPUESTA PARA REDUCIR LA CARGA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES.— 3. EL MODELO PORTUGUÉS.— 4. LA EFICACIA DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.— 5. NUESTRA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*: 5.1. La interpretación que el Tribunal Constitucional realiza del concepto de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española); 5.2. La propuesta de arbitraje de consumo potestativo/obligatorio; 5.3. ¿Cómo salvar la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva que hace el Tribunal Constitucional?—. 6. LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA.— 7. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA PROPUESTA DE REDACCIÓN DE LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA.

* Este trabajo es el resultado de las actividades desarrolladas por la autora en colaboración con la Agència Catalana del Consum de la Generalitat de Catalunya en su condición de Presidenta de la Junta Arbitral de consum de Catalunya. Asimismo, forma parte de las actividades en ejecución de la Cátedra UB-ACC sobre «Estudios de consumo y resolución alternativa de litigios» y del proyecto Generación de conocimiento «Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo», PID2023-146813NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER (UE).

1. EL CONTEXTO: EL INCREMENTO DE LOS LITIGIOS DE CONSUMO Y LA SOBRECARGA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES

No descubrimos nada nuevo al afirmar que los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil están sobrecargados y que esta congestión se traduce en una falta de satisfacción de los intereses de los ciudadanos en general, y de los consumidores en particular. El incremento de los litigios de consumo y asimilados (nos referimos al transporte aéreo) es, en gran medida, causante de este ralentizamiento de la vía judicial. En un contexto de crisis, los concursos de acreedores, los procedimientos de segunda oportunidad, los desahucios y las ejecuciones hipotecarias, así como la situación generada por las múltiples cláusulas abusivas contenidas en los contratos de financiación garantizados con hipoteca para la adquisición de viviendas, en los contratos de créditos al consumo y, sobre todo, en los créditos *revolving*, constituyen la principal causa de bloqueo de la jurisdicción civil en el ámbito contractual. Si a este panorama añadimos el incremento de las demandas de escasa cuantía derivadas de relaciones de consumo y en el ámbito del transporte aéreo (no todas estrictamente de consumo, pero asimiladas por la normativa comunitaria), el resultado es un cuadro desolador.

Fijémonos en los cuadros siguientes, relativos a los asuntos gestionados y pendientes por los órganos judiciales civiles con sede en Cataluña, al final del período al que hacen referencia: el año 2023 y el tercer trimestre de 2024. Como podemos observar, el año 2023 comenzaba con 338.422 asuntos no resueltos del período anterior, ingresaron 533.386 asuntos más, se resolvieron 471.540 (sobre un total acumulado de 871.808), pero quedaron pendientes de resolver 399.179 asuntos, es decir, 10.757 más que al inicio de 2023. Y, si analizamos el tercer trimestre de 2024 (último del que hemos podido obtener datos), vemos que al inicio del período había 398.967 asuntos pendientes, ingresaron 108.915, se resolvieron 102.231, pero al final del período quedaban pendientes de resolver 406.797, es decir, 7.618 más que al final de 2023 (aunque debemos tener en cuenta que faltan los datos del cuarto trimestre de 2024). Según la misma fuente, la duración media de los juicios verbales en Cataluña, en el año 2023, fue de 9,2 meses y la de los procesos europeos de escasa cuantía, de 15,8 meses. En conclusión, los órganos judiciales acumulan, año tras año, más retraso, con la consiguiente insatisfacción de los ciudadanos.

En este sentido, la Memoria de la *Unidad de Atención Ciudadana* del CGPJ correspondiente al año 2023 señala que: «En el año 2023 los motivos con mayor número de quejas fueron los referidos al “derecho a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten y a conocer las causas

de los retrasos”, que acapara el 54,95 por 100 (6.532) del total de motivos de la Carta [de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia]», y que este número «ha aumentado respecto al año 2022 (de 5.554 a 6.532)»¹.

Evidentemente, todos estos datos no corresponden únicamente a litigios de consumo, pero no tenemos manera de desglosar cuáles lo son y, en cualquier caso, el colapso afecta a todos los ámbitos, incluidos los litigios de consumo.

Por otra parte, la experiencia demuestra que los consumidores no suelen recurrir a la vía judicial para resolver los litigios con las empresas cuando la cuantía es reducida, a pesar de la posibilidad que ofrece la LEC de litigar sin abogado ni procurador si la cuantía es inferior a 2.000 euros (juicio verbal y petición inicial en el monitorio, arts. 23.2.1º y 31.2.1º LEC), por lo que con frecuencia quedan sin tutela, sin una posibilidad real de obtener la reparación de sus intereses económicos.

En el año 2019, la prensa ya se hizo eco del colapso que sufrían los juzgados mercantiles, dado que a mediados de noviembre ya se habían presentado 20.000 demandas relativas al transporte aéreo [noticia de *La Vanguardia* de 24.11.2019]. Para afrontar este problema, ya se había ideado en el año 2018 un protocolo que permitió resolver el 66 por 100 de los casos, pese a lo cual, los juzgados de lo mercantil continuaban colapsados. Además, no debemos olvidar la existencia de los «reclamadores», cuyo objetivo es lograr una condena en costas contra las compañías aéreas. Como consecuencia de ello, la Sala de Gobierno del TSJC, en su sesión de 17 de diciembre de 2019, analizó el informe de situación de los juzgados mercantiles en relación con los procedimientos de transporte aéreo y la actualización del Protocolo elaborado el 26 de septiembre de 2018. Se indica expresamente que: «La Sala de Gobierno comparte con la Junta de Jueces de lo Mercantil que el problema de las reclamaciones judiciales masivas de asuntos de pequeña cuantía debe abordarse mediante reformas legislativas que propicien una rápida solución a través de medidas efectivas de resolución extrajudicial de conflictos, o bien mediante la instauración de procedimientos exclusivamente electrónicos para su resolución, o bien mediante la creación de otro tipo de órganos que puedan dimensionar con mayor flexibilidad, evitando que estos asuntos colapsen los actuales Juzgados e impidan a los Jueces, así como al resto de funcionarios de la Administración de Justicia, su dedicación a asuntos de mayor trascendencia social».

En concreto, la Junta de Jueces de lo Mercantil estimaba que debería exigirse legalmente, como requisito de procedibilidad, la recla-

¹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Opinion-y-quejas-sobre-el-funcionamiento-de-la-justicia/Quejas-de-los-ciudadanos-sobre-el-funcionamiento-de-la-Administracion-de-la-Justicia/Sistema-de-Informacion-de-la-Unidad-de-Atencion-al-Ciudadano-del-CGPJ/>

Año: 2023 Trimestre 1 al 4	Órganos	En trámite al inicio del periodo		Ingresados		Resueltos		En trámite al final del periodo	
		Núm. asuntos	Núm. asuntos	Núm. asuntos	Media x órgano	Núm. asuntos	Media x órgano	Núm. asuntos	Media x órgano
Competencias	Núm.								
Jurisdicción Civil (1)									
J. 1.ª Instancia	123	139.311	245.694	227.040	1.997,51	156.330	1.845,85	156.330	1.270,98
J. de lo Mercantil	16	15.547	18.172	15.156	1.135,75	18.199	969,75	18.199	1.137,44
J. Violencia contra la mujer	56	3.373	4.770	4.113	85,18	3.995	73,45	3.995	71,34
J. Familia	24	11.437	27.229	26.969	1.134,54	11.477	1.123,71	11.477	478,21
J. 1.ª inst. e instr.	174	145.515		177.790	1.210,24	180.574	1.021,78	180.574	1.037,78
J. de Menores	9	0	211.973	0	0	0	0	0	0
A.P. Secciones Cíviles	16	23.105	25.302	19.838	1.581,38	28.498	1.239,88	28.498	1.781,13
A.P. Secciones Mixtas	0	—	—	—	—	—	—	—	—
T.S.J. Sala Civil y Penal	2	134	246	274	123,00	106	137,00	106	53,00
Total	134	338.422	533.386	471.540	1.396,30	399.179	1.234,40	399.179	1.044,97

Fuente: Consejo General del Poder Judicial <https://www.poderjudicial.es>

Año: 2024 Trimestre 3 al 3	Órganos	En trámite al inicio del periodo		Ingresados		Resueltos		En trámite al final del periodo	
		Núm. asuntos	Núm. asuntos	Núm. asuntos	Media x órgano	Núm. asuntos	Media x órgano	Núm. asuntos	Media x órgano
Competencias									
Jurisdicción Civil (1)									
J. 1.ª Instancia	126	153.503	48.683	49.073	386,37		389,47	154.283	1.224,47
J. de lo Mercantil	16	16.949	4.663	4.434	291,44		277,13	17.154	1.072,13
J. Violencia contra la mujer	56	4.096	1.120	911	20		16,27	4.374	76,86
J. Familia	24	11.262	5.641	5.208	235,04		217	11.651	485,46
J. 1.ª inst. e instr.	175			38.101	246,47		217,72	185.832	1.061,90
J. de Menores	0	180.647	43.132	0	0		0	0	0
A.P. Secciones Civiles	16	32.391	5.618	4.438	351,13		277,38	33.462	2.091,38
A.P. Secciones Mixtas	0	—	—	—	—		—	—	—
T.S.J. Sala Civil y Penal	0	119	58	66	58,00		66,00	111	111,00
Total	386	398.967	108.915	102.231	282,16		264,85	406.797	1.053,88

Fuente: Consejo General del Poder Judicial <https://www.poderjudicial.es>

mación extrajudicial previa del perjudicado a la compañía aérea². La Sala de Gobierno del TSJC acordó elevar el acuerdo al CGPJ para que instara, si así lo consideraba oportuno, las correspondientes medidas legislativas tendentes a resolver el grave problema que genera esta clase de litigios en los juzgados y tribunales.

Pero no debemos olvidar que, junto con la vía judicial, desde el año 1993, mucho antes de la aprobación de 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 por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante, Directiva RAL), el Estado español cuenta con el procedimiento arbitral de consumo como medio de resolución de los litigios originados por divergencias surgidas del desarrollo de las relaciones de consumo que, desde sus inicios, se ha revelado como un buen sistema alternativo a la vía judicial.

2. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO COMO PROPUESTA PARA REDUCIR LA CARGA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

El sistema arbitral de consumo se fundamenta en uno de los principios rectores de la política social y económica establecidos en la Constitución, concretamente en el art. 51.1, que dispone que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. Este principio se trasladó a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 30) —actualmente derogada— y, posteriormente, al vigente Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), concretamente en los arts. 57 y 58.

La primera regulación del arbitraje de consumo se introdujo mediante el Real Decreto 636/1993, de 13 de mayo, posteriormente derogado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que

² Cabe constatar que la introducción general del requisito de procedibilidad mediante el recurso previo a medios adecuados de resolución de conflictos tras la aprobación de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (art. 5), se flexibiliza, precisamente, en las reclamaciones de consumo (Disposición Adicional Séptima de la ley): «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».

se regula el sistema arbitral de consumo. Este segundo texto mejoró sustancialmente el anterior e incorporó modificaciones que se habían detectado como necesarias durante los quince años de vigencia del precedente. En ambos casos, el sistema se ha basado en la voluntariedad en el acceso al procedimiento, tanto por parte del consumidor como de la empresa. Asimismo, ambas normas establecieron un mecanismo para fomentar la aceptación del arbitraje por parte de las empresas: la posibilidad de realizar una oferta pública de adhesión que implicaba la concesión de un distintivo. La emisión de dicha oferta vincula a las empresas en relación con las futuras controversias que puedan suscitarse con sus clientes consumidores, dado que esta declaración unilateral de voluntad implica la obligación de dirimir la controversia a través del procedimiento arbitral de consumo si el consumidor así lo decide. La oferta pública de adhesión coexiste con la posibilidad de aceptar la vía arbitral *ad hoc*, esto es, únicamente para un caso concreto.

Si bien inicialmente las empresas que se adherían al sistema arbitral de consumo no establecían limitaciones o bien estas eran muy concretas, el incremento de los litigios de consumo provocó un efecto indeseado en las limitaciones, que han proliferado extraordinariamente en aquellos sectores con un nivel de conflictividad elevado, como el de los suministros básicos, especialmente en el ámbito de la energía y las telecomunicaciones, hasta el punto de que en alguno de estos sectores (básicamente, el energético) las limitaciones impedían resolver muchos de los conflictos que afectan a las personas consumidoras, dado que en la práctica, lo limitado superaba con creces el objeto de la adhesión. Por este motivo, el actual Reglamento del Sistema Arbitral de Consumo (RSAC), aprobado por el Real Decreto 713/2024, de 23 de junio, ha eliminado la posibilidad de introducir limitaciones en las ofertas públicas de adhesión (art. 24.3), si bien aún se desconoce cuál será la reacción de las empresas actualmente adheridas al sistema, que disponen hasta el 14 de febrero de 2025 para decidir si continúan adheridas sin limitaciones o, por el contrario, denuncian la Oferta Pública de Adhesión que formularon en su momento.

Otro de los rasgos característicos del sistema es su gratuidad para las partes. Este aspecto suele ser percibido por las empresas como una amenaza ante la eventualidad de que se incremente el número de reclamaciones de los consumidores, lo que impulsa a determinadas empresas de otros sectores (principalmente transporte aéreo, seguros y sector bancario) a no aceptar nunca la vía arbitral como mecanismo de resolución de los conflictos de consumo que puedan surgir.

Finalmente, la tercera característica más destacable es la resolución de los litigios en equidad, salvo manifestación en contrario de las partes para que opten por la resolución conforme a Derecho. Ello agiliza el procedimiento, ya que exime a los árbitros de fundamentar citando la legislación aplicable, lo que no implica en absoluto su desconoci-

miento. No obstante, el art. 31.6 del RSAC establece que las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones contractuales servirán de apoyo a la decisión en equidad, que en todo caso deberá ser motivada. Asimismo, la Ley 60/2003, de 13 de diciembre, de Arbitraje, establece como causa de anulación del laudo la contravención del orden público, del cual forman parte las normas imperativas. Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la protección de los consumidores, la gran mayoría de las normas poseen dicho carácter.

Con la aprobación de la Directiva RAL (actualmente en fase de revisión³), la Unión Europea tenía como objetivo impulsar los sistemas alternativos de resolución de litigios de consumo. Para lograrlo, promovió la creación de una red europea de entidades de resolución de litigios de consumo de calidad, sobre la base de un planteamiento de armonización mínima. No se impone un modelo específico de procedimiento RAL ni se regula la cuestión de si la participación en el procedimiento es voluntaria u obligatoria, o si el resultado del procedimiento es vinculante o no. Son los Estados miembros quienes deciden fijar requisitos de calidad más exigentes que los establecidos por la Directiva.

Por su parte, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva RAL, sin establecer criterios de especial exigencia. Recoge las líneas marcadas por la Directiva con la finalidad de impulsar los sistemas RAL. Incorpora, tal y como exige la Directiva, la obligación de los comerciantes de informar sobre los sistemas RAL y el deber de manifestar si están dispuestos a participar en ellos o no. Se considera infracción grave el incumplimiento de esta obligación (en Cataluña aún no se ha especificado la naturaleza de la infracción).

El Reglamento europeo que estableció un procedimiento europeo de escasa cuantía (Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007) constituye otro texto normativo a tener en consideración. Dicho Reglamento (art. 1) establece un procedimiento europeo para la tramitación de demandas de escasa cuantía (inicialmente, cuantía inferior a 2.000 euros, posteriormente incrementada hasta los 5.000 euros, en virtud de la modificación introducida por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, excluidos los intereses, las costas y los gastos, art. 2), con la finalidad de simplificar y agilizar la resolución de este tipo de litigios en asuntos transfronterizos y reducir sus costes, de manera que los litigantes puedan recurrir a este procedimiento como alternativa a los previstos por la legislación de los Estados miembros. El trasfondo de este Reglamento es facilitar la tramitación de demandas transfronterizas en materia de consumo o de índole mercantil, tal y como señala su preámbulo.

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0649>

En consonancia con el citado Reglamento, se modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 4/2011, de 24 de marzo), con el objetivo de establecer las medidas necesarias para facilitar la aplicación del Reglamento y, entre otros aspectos, incrementar hasta 2.000 euros la cuantía de los procedimientos que se tramitan mediante juicio verbal, sin necesidad de abogado ni procurador (arts. 23.2 y 31.2, párrafo primero), suprimir la posibilidad de interponer recurso de apelación contra las sentencias de primera instancia en aquellos litigios cuya cuantía sea inferior a 3.000 euros (art. 455.1) y que se tramiten por el procedimiento de juicio verbal por razón de la cuantía (art. 250.2 LEC). La finalidad de la exclusión del recurso de apelación en estos casos fue limitar el uso, en ocasiones abusivo y frecuentemente innecesario, de las instancias judiciales (Preámbulo de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal).

Recientemente, y con el propósito de descongestionar los órganos judiciales, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas para la eficacia del sistema público de justicia (LOMESPJ), ha modificado nuevamente la LEC, estableciendo, con carácter general, la necesidad de promover una solución acordada antes de presentar una demanda civil (art. 399.3 LEC). Esta previsión se aplica tanto a las reclamaciones de consumidores y usuarios como a las de empresarios. La norma articula este requisito como una condición de procedibilidad, de manera que se prevé la inadmisión de la demanda si no se ha realizado el intento previo de alcanzar un acuerdo. Además, la normativa permite utilizar diversas modalidades de resolución alternativa de conflictos, tales como la negociación directa (con o sin asistencia letrada), la mediación, la conciliación, la opinión neutral de una persona experta independiente, la oferta vinculante confidencial o cualquier otra actividad negociadora reconocida por las leyes. Estas opciones son denominadas por la Ley Orgánica de medidas para la eficiencia del sistema público de justicia (art. 14) como MASC (Medios Adecuados de Solución de Controversias). La negativa injustificada a intentar alcanzar una solución acordada podrá ser tenida en cuenta para apreciar la concurrencia de un eventual abuso del sistema público de justicia, y puede tener relevancia, al efectuar la tasación de la condena en costas, para moderar su importe o incluso exonerar del pago (art. 245 LEC).

3. EL MODELO PORTUGUÉS

El sistema arbitral de consumo portugués ha experimentado una evolución significativa desde su creación. Además de presentar una estructura distinta a la del sistema español, lo que interesa destacar en este momento es la transformación sustancial operada en relación con el acceso al procedimiento. En efecto, si bien inicialmente el sistema funcionaba de manera similar al español, en el año 2011 (Ley [PORT]

6/2011, de 10 de marzo) se modificó el art. 15 de la Ley 23/98, de 26 de julio, de Servicios Públicos (LSP), en el sentido de que los litigios surgidos en el ámbito de los servicios públicos esenciales debían someterse obligatoriamente al arbitraje de consumo si el usuario optaba por esta vía de resolución de la controversia. Se establece, por tanto, un sistema potestativo para el consumidor, pero obligatorio para las empresas. Por servicios esenciales debe entenderse aquellos enumerados en el art. 1.2 de la LSP: suministro de agua, energía eléctrica, gas, servicios de comunicaciones electrónicas, servicios postales, servicios de recogida y tratamiento de aguas residuales, servicios de gestión de residuos sólidos urbanos y servicios de transporte de pasajeros.

Posteriormente, la Ley [PORT] 63/2019, de 16 de agosto, modificó la Ley 24/96, de 31 de julio (Ley de Defensa del Consumidor), en el sentido de establecer el arbitraje de consumo potestativo para los consumidores, pero obligatorio para las empresas, cuando la cuantía del litigio no supere la competencia de los tribunales de primera instancia, esto es, 5.000 euros (art. 14). El legislador entiende que se trata de conflictos de reducido valor económico, siguiendo la línea del Reglamento (CE) núm. 861/2007. En todo caso, la cuantía máxima para un arbitraje de consumo es de 30.000 euros (art. 44.1 de la Ley [PORT] 62/2013, de 26 de agosto, Ley de Organización del Sistema Judicial).

La diferencia entre el arbitraje establecido en la LSP y el previsto en la LDC radica en que, en el primero, la competencia de los órganos arbitrales viene determinada por la materia (sin límite de cuantía), mientras que en el segundo se determina por la cuantía (independientemente de la materia, siempre que se fundamente en una relación de consumo)⁴.

La ley que regula el procedimiento arbitral es la que regula el arbitraje voluntario (Ley [PORT] 63/2011, de 14 de diciembre), de manera que no existe una norma *ad hoc* para el arbitraje de consumo. El laudo arbitral se fundamenta en Derecho, salvo que las partes hayan pactado que se dicte en equidad. El laudo no es susceptible de recurso, salvo que las partes lo hayan pactado en el convenio arbitral, siempre que ello sea conforme a la legislación procesal (cuantía superior a 5.000 euros, supuesto en el que el arbitraje deja de ser obligatorio) y el laudo no haya sido adoptado en equidad (art. 39.4). En todo caso, siempre subsiste la posibilidad de interponer una acción de anulación del laudo por defectos formales (art. 46).

⁴ A. M. FERREIRA DA SILVA, «A prevalência da arbitragem potestativa nos litígios de consumo», *Revista Electrónica de Direito*, febrero 2023, p. 311. Véase también <https://deco.pt/justica/centros-arbitragem-consumidores/>

4. LA EFICACIA DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

El arbitraje de consumo se ha revelado como un sistema eficaz para la resolución de litigios en materia de consumo. El documento de balance de actividades de la Agencia Catalana del Consumo (2023) evidencia que, en el año 2023, la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña emitió un total de 1.073 laudos⁵. El resto de Juntas Arbitrales de Consumo de Cataluña emitieron, aproximadamente⁶, 450 laudos durante el mismo ejercicio, por lo que puede establecerse que el total de laudos dictados en Cataluña en 2023⁷ se sitúa en torno a 1.525, en relación con una población de 8 millones de personas. En Portugal, por su parte, se dictaron 14.746 laudos durante 2023, en relación con una población de 10,53 millones de personas. Se observa que la diferencia es considerable, muy probablemente debido a la divergencia entre la voluntariedad y la obligatoriedad del laudo para las empresas en los sectores afectados.

5. NUESTRA PROPUESTA DE LEGE FERENDA

A continuación analizaremos los obstáculos a la propuesta de un sistema de arbitraje de consumo obligatorio que resultan de la doctrina del Tribunal constitucional y expondremos nuestra argumentación para superarlos. A su vez, detallaremos las concretas modificaciones que deberían llevarse a cabo sobre el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RDL 1/2007), el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo y la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

5.1. La interpretación que el Tribunal Constitucional realiza del concepto de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española)

El principal obstáculo para que el arbitraje de consumo sea obligatorio en España radica en la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado del art. 24 CE, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva entre los derechos fundamentales. En este sentido,

⁵ <https://consum.gencat.cat/ca/lagencia/estadistiques/balanc-dactivitats-i-memories/>

⁶ Solo se dispone de los datos de la de Barcelona (136) [<https://juntarbitral.bcn.cat/es/sistema-arbitral-de-consumo/columna/resoluciones-arbitrales-en-cifras>] y Sabadell (67) [<https://web.sabadell.cat/junta-arbitral-de-consum>]. De los de Lleida se ha realizado una simulación porcentual porque publica conjuntamente los datos de mediación y de arbitraje (50) [<https://comercmercatsconsum.paeria.cat/consum/memories/memoria-consum-2023/view>].

⁷ https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Processos_centros_arbitragem.aspx

la referencia es la STC 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró inconstitucional el art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre, que prescribía el arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte para todas las controversias de importe inferior a 500.000 pesetas, salvo pacto en contrario de las partes. Según el TC, dicha disposición vulneraba el art. 24 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que este solo puede ser dispensado por jueces y tribunales, y cualquier renuncia debe ser voluntaria e individual, no sujeta a pacto, sino fruto de una decisión unilateral.

La actual redacción del art. 38.2 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, además de incrementar la cuantía a 15.000 euros, establece la presunción del acuerdo de las partes al sometimiento al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte si ninguna de ellas hubiera manifestado su voluntad en contra antes del momento de iniciación o en el que debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratada. En este caso, también se pronunció el TC sobre la constitucionalidad del artículo y consideró que no existía motivo para su declaración de inconstitucionalidad (STC 75/1996, de 30 de abril).

No obstante, la jurisprudencia del propio TC —especialmente en materia de arbitraje laboral— recogida y actualizada en la STC 1/2018, de 11 de enero, que se pronunció sobre la inconstitucionalidad del art. 76.e) de la Ley del Contrato de Seguro (ocho votos a favor, tres votos particulares y una adhesión a un voto particular), permite considerar la posibilidad de establecer un arbitraje obligatorio en el ámbito de los litigios de consumo. Conviene destacar, de manera resumida, las conclusiones a las que llega el TC, especialmente atendiendo a la argumentación que las sustenta. Según el TC, la posible vulneración del art. 24 CE vendría dada no tanto por la posibilidad unilateral inicial del asegurado de someter la disputa a arbitraje, sino por impedir su posterior acceso a la jurisdicción. En este sentido, el punto de partida del TC es que el art. 76.e) LCS supone una limitación real al derecho a la tutela judicial efectiva de la entidad aseguradora al imponerle someterse a un procedimiento arbitral sin su consentimiento, motivo por el cual el Tribunal analiza si dicha limitación es constitucionalmente admisible.

Frente a la afirmación de que el precepto cuestionado no puede considerarse un obstáculo arbitrario o caprichoso para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, por el contrario, persigue la finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos, otorgando una especial protección al asegurado —como parte débil de la relación contractual—, el TC entiende que estas finalidades constitucionalmente legítimas no justifican la restricción al derecho a la tutela judicial efectiva de la aseguradora que supone el arbitraje obligatorio.

El primer voto particular es el formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, quien sostiene que la sentencia debería haber sido desestimatoria. El magistrado recuerda, tal como puntualiza la sentencia, que el arbitraje obligatorio no vulnera *per se* el derecho a la tutela judicial efectiva, pues este mecanismo sería contrario a la Constitución únicamente en la medida en que se limiten las oportunidades de los órganos jurisdiccionales para revisar la decisión arbitral. *A sensu contrario*, un arbitraje obligatorio sería compatible con la Constitución si existen mecanismos procesales que permitan un control judicial sobre el fondo del laudo. Por esta razón, el magistrado entiende que al art. 76.e) LCS «no se le puede tachar de lesionar de manera directa ninguno de los preceptos constitucionales». El reproche principal que este voto dirige a la mayoría se concreta en que no se relaciona el precepto controvertido con la legislación arbitral y con las normas procesales concretas que impiden la revisión sobre el fondo del asunto, pues solo así podría calificarse de inconstitucional el art. 76.e) LCS. Finalmente, se realiza una comparación y se pone de manifiesto la (aparente) contradicción existente entre la sentencia comentada y las SSTC 119/2014 y 8/2015, que declararon la constitucionalidad del arbitraje laboral obligatorio, ya que ambas persiguen la protección de la parte débil del contrato.

El segundo voto particular es el formulado por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. El magistrado entiende (como concluyó la sentencia) que la falta de consentimiento de ambas partes plasmada en el convenio arbitral limita el derecho a la tutela judicial efectiva de la entidad aseguradora, pero, a diferencia de la mayoría, considera que dicha limitación se encuentra justificada en la protección de los consumidores como parte débil del contrato y bien jurídico protegido constitucionalmente (art. 51 CE). De este modo, llega a la conclusión de que el derecho de someter unilateralmente la controversia a arbitraje constituye un medio idóneo para la protección de los consumidores y usuarios, al tratarse de un mecanismo rápido, sencillo y económico. Finalmente, se pone de manifiesto la contradicción que supone afirmar, tal como se hace en la sentencia, que el precepto no sería inconstitucional si se permitiera la revisión sobre el fondo del laudo, ya que ello, además de privar de cualquier eficacia práctica al arbitraje, haría inconstitucional todo el procedimiento arbitral previsto legalmente.

El último voto particular es el formulado por el Magistrado Antonio Narváez Rodríguez (al que también se adhiere el Magistrado Ricardo Enríquez Sancho). Respecto al fondo del asunto, acepta que, al no existir una sumisión voluntaria al arbitraje, se produce una «clara» vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, el magistrado entiende que esta limitación del derecho fundamental de la aseguradora estaría justificada con base en el art. 51 CE, al encontrarnos ante un contrato de adhesión en el que existe un inicial desequilibrio en las

posiciones contractuales de las partes. Por tanto, el art. 76.e) LCS, y la consecuente limitación al derecho de la aseguradora, constituye una medida que persigue una finalidad constitucionalmente legítima, adecuada y proporcionada, por lo que considera que la cuestión debía desestimarse y el precepto declararse conforme a la Constitución.

El Tribunal concluye que, en abstracto, el arbitraje solo es constitucionalmente admisible cuando: i) es fruto del concurso de voluntades de ambas partes del litigio o ii) cuando, siendo obligatorio, el ordenamiento jurídico contempla algún tipo de control judicial sobre el fondo del asunto.

La pregunta es, pues: ¿existe alguna razón que constitucionalmente justifique la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de la aseguradora? Tanto el magistrado Xiol Ríos como los magistrados Narváez Rodríguez y Enríquez Sancho afirman, en sus votos particulares, que la protección del consumidor como parte débil del contrato y como bien jurídico constitucionalmente protegido (art. 51 CE) justificaría la limitación al derecho a la tutela judicial efectiva de la aseguradora que comporta el art. 76.e) LCS y compartimos plenamente sus puntos de vista.

5.2. La propuesta de arbitraje de consumo potestativo/obligatorio

A continuación detallamos los aspectos esenciales de nuestra propuesta de modificación del sistema arbitral de consumo con el fin de lograr la efectividad de los derechos de los consumidores:

a) El acceso al arbitraje de consumo

Se mantiene su carácter unidireccional, es decir, únicamente las personas consumidoras pueden iniciar el procedimiento mediante la presentación de la correspondiente solicitud, tal como establece actualmente el art. 31 RSAC. El arbitraje sería potestativo para las personas consumidoras, pero obligatorio para las empresas o profesionales.

b) El objeto del arbitraje

La controversia que origina el litigio debe basarse en una relación de consumo, en los términos que establece el art. 2 RSAC. Ahora bien, es necesario delimitar qué relaciones de consumo pueden ser, en concreto, objeto de decisión por parte de los órganos arbitrales. La delimitación puede establecerse por materia, por cuantía o de manera mixta. Dado que esta propuesta representa un primer impulso del arbitraje de

consumo obligatorio, consideramos prudente optar por una delimitación de carácter mixto, es decir, por razón de la materia y de la cuantía.

En cuanto a la materia, nuestra opción es que, inicialmente, se concrete en lo que puede considerarse como servicios básicos. Sirva como ejemplo la definición que ofrece el art. 251-2 letra c) del Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio), según la cual se trata de servicios de carácter esencial y necesarios para la vida cotidiana o que tienen un uso generalizado entre las personas consumidoras. A los efectos del arbitraje de consumo, lo serían los suministros (energía, comunicaciones electrónicas y agua), los transportes y los servicios financieros y de seguros.

Respecto a la cuantía, disponemos de tres opciones para determinarla:

— Fijar esta cuantía en 5.000 euros, tal como hace la legislación portuguesa, dado que es la que establece el art. 2.1 del Reglamento (CE) 861/2007, por el que se crea un proceso europeo de escasa cuantía. El Reglamento 861/2007 fijó inicialmente el límite en 2.000 euros, pero esta cuantía fue modificada por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, porque, según su Considerando 2: «El informe de la Comisión de 19 de noviembre de 2013 sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 861/2007 indica que, en general, se considera que el proceso europeo de escasa cuantía ha facilitado los litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en la Unión. Sin embargo, el informe también señala la existencia de obstáculos para la realización del pleno potencial del proceso europeo de escasa cuantía en beneficio de los consumidores y de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas (PYME). El informe observa, entre otras cosas, que el bajo límite máximo fijado en el Reglamento (CE) n° 861/2007 en relación con la cuantía de las demandas impide a muchos demandantes potenciales en litigios transfronterizos hacer uso de un proceso simplificado. Además, señala que algunos elementos del proceso podrían simplificarse más con el fin de reducir los costes y la duración de los litigios. El informe de la Comisión concluye que esos obstáculos podrían eliminarse de forma más eficaz mediante una modificación del Reglamento (CE) n° 861/2007».

— Determinar que la cuantía máxima sea de 3.000 euros, la misma que establece el art. 455.1 LEC para excluir la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía. En la legislación portuguesa, esta cuantía está fijada también en 5.000 euros (art. 44 de la Ley 62/2013, de 26 de agosto, de organización del sistema judicial), coincidiendo así con la de los procesos europeos de escasa cuantía.

— Finalmente, optar por hacer coincidir la cuantía con la que los arts. 23.2.1° y 31.2.1° LEC establecen para excluir el carácter preceptivo de procurador y abogado en los juicios verbales, esto es, 2.000

euros. De hecho, esta cuantía se fijó con la modificación de la LEC operada por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, que tenía como objeto facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, ya que anteriormente era de 900 euros. Sin embargo, pese a la modificación al alza de la cuantía del proceso de escasa cuantía, el legislador español no realizó ninguna modificación adicional.

Desde nuestro punto de vista, la cuantía que consideramos más ponderada es la de 2.000 euros. Ya hemos visto que para el legislador europeo la cuantía de 5.000 euros resulta excesivamente baja. En nuestra opinión, parece sensato hacer coincidir la propuesta con la cuantía que excluye el carácter preceptivo de procurador y abogado en los juicios verbales, y también seguir un criterio de prudencia y impulsar el sistema con una cuantía que pueda considerarse demasiado elevada, como 5.000 euros. Por este motivo, nuestra opción es la señalada: 2.000 euros.

*c) La decisión de los órganos arbitrales:
¿en equidad o en derecho?*

Podría parecer que establecer un arbitraje con carácter obligatorio debería llevar a hacer preferente la decisión en derecho, pero no tiene por qué ser así. A nuestro parecer, podríamos partir de la concepción actual del arbitraje de consumo, que se basa en la adopción de la decisión arbitral sobre la base de la equidad, respetando siempre la voluntad de las partes, de manera que si cualquiera de ellas solicita que la decisión se tome en derecho, la otra deberá manifestar su consentimiento en este sentido, y si no lo otorga no existirá el convenio arbitral, tal como prevé actualmente el art. 31.4 RSAC. De este modo, si es la empresa quien propone la decisión en derecho, el consumidor deberá aceptarlo para poder continuar con el procedimiento arbitral. En caso contrario, el procedimiento no podría proseguir.

Ahora bien, entendemos que muy probablemente otorgaría mayor confianza a las empresas establecer que la decisión deba adoptarse en derecho, salvo que de común acuerdo opten por la resolución en equidad, por lo que esta será nuestra opción.

En todo caso, se mantiene la posibilidad de formular ofertas públicas de adhesión, tal como las regula el art. 24 RSAC, para los casos excluidos, por ahora, del arbitraje obligatorio.

5.3. ¿Cómo salvar la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva que hace el Tribunal Constitucional?

Ante la reducida probabilidad de que el TC cambie de criterio, la única posibilidad para salvar el obstáculo que representa la interpre-

tación que hace del art. 24 CE es otorgar a las partes la posibilidad de que un órgano judicial revise el laudo, no solo desde el punto de vista formal, sino también en cuanto al fondo de la decisión del órgano arbitral. Somos conscientes de que la propuesta que se formula modifica, en cierta medida, la naturaleza del arbitraje en los litigios de consumo y la combina con la posibilidad de acceder a la vía judicial para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como lo concibe el TC⁸.

La propuesta que presentamos requiere la modificación de tres normas: el art. 58 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), los arts. 1.3 y 31.4 RSAC y los arts. 41 y 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA). Nos detendremos en la propuesta de reforma de la LA, que es la que pretende dar cobertura al respeto por el derecho a la tutela judicial efectiva.

El art. 41.1 LA relaciona los motivos que pueden fundamentar la acción de anulación del laudo arbitral. A esta relación habría que añadir un nuevo motivo de anulación específico para los arbitrajes de consumo resueltos en derecho, consistente en facultar a los Tribunales Superiores de Justicia para anular el laudo si el órgano arbitral no ha aplicado o no ha aplicado correctamente las normas aplicables a la resolución del litigio. La sentencia que resuelva sobre la acción de anulación tendrá la estructura y contenido que establece el art. 487 LEC para la que resuelve el recurso de casación, lo que motivará la adición de un nuevo apartado 4 y un cambio de numeración del actual apartado 4, que pasará a ser el número 5 de la LA.

⁸ Concepción que, desde nuestro punto de vista, no coincide exactamente con la interpretación que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Véase la *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (https://ks.echr.coe.int/guide_art_6_civil_spa), en relación con lo que debe considerarse como «Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley» y en cuanto al alcance del concepto de jurisdicción (p. 20 y ss., párrafos 69 a 77). En este sentido, destacamos ahora los párrafos 69: «Una autoridad que no figura entre las jurisdicciones de un Estado puede, no obstante y a los fines del artículo 6, párrafo 1, analizarse en un «tribunal» en el sentido material del término (Sramek c. Austria, párrafo 36)»; 70: «Un «tribunal» se caracteriza en el sentido material por su función jurisdiccional: ha de resolver toda cuestión que sea de su competencia sobre la base de normas jurídicas, con plena jurisdicción y tras un procedimiento organizado (Sramek c. Austria párrafo 36; Chipre c. Turquía [GS], párrafo 233)»; 73 «Por «tribunal»», el artículo 6, párrafo 1, no entiende necesariamente una jurisdicción clásica, integrada en las estructuras judiciales habituales del país. El tribunal puede haberse establecido para conocer cuestiones relacionadas con un ámbito concreto que se presta a su debate de forma adecuada fuera del sistema judicial habitual. Para garantizar el respeto del artículo 6, párrafo 1, lo importante son las garantías establecidas, tanto las materiales como las procesales (Rolf Gustafson c. Suecia, párrafo 45)» y 76 «Es inherente al propio concepto de «tribunal» la facultad para emitir un fallo obligatorio que no pueda ser modificado por una autoridad no judicial en detrimento de una parte (Van de Hurk c. Países Bajos, párrafo 45). De hecho, uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho es el principio de la seguridad de las relaciones jurídicas, que pretende, entre otros, que la solución que dan los tribunales de forma definitiva a los litigios no pueda cuestionarse (Brumărescu c. Rumanía [GS], párrafo 61)».

Si las partes han optado porque el laudo se dicte en equidad, no podrán impugnar el laudo sobre la base de este nuevo motivo, tal como ya ocurre en la actualidad.

La propuesta tiene en cuenta que, en general, la Sala Civil y Penal de los diferentes TSJ no presenta los problemas de saturación del servicio público de justicia que hemos mostrado anteriormente. Y, por otra parte, entendemos que no es previsible un incremento importante en el planteamiento de acciones de anulación, dado que también debe considerarse la eventual imposición de las costas conforme a lo dispuesto en el art. 394.1 LEC: «1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares”».

Esta es la información relativa a la estimación de la media de tiempo empleado —en meses— por la Sala Civil y Penal de los diferentes TSJ en los asuntos resueltos en el año 2023.

RECURSOS Y PROCESOS PENALES	2023
Andalucía	6,0
Aragón	0,9
Asturias	0,9
Illes Balears	2,1
Canarias	1,5
Cantabria	1,5
Castilla y León	2,3
Castilla-La Mancha	2,1
Cataluña	2,3
Comunitat Valenciana	1,3
Extremadura	0,6
Galicia	2,1
Madrid	1,5
Murcia	1,5
Navarra	1,9
País Vasco	0,6
La Rioja	0,8
España	2,4

RECURSOS Y PROCESOS CIVILES	2023
Andalucía	8,6
Aragón	3,2
Asturias	-
Illes Balears	6,3
Canarias	0,9
Cantabria	4,2
Castilla y León	0,8
Castilla-La Mancha	3,3
Cataluña	5,3
Comunitat Valenciana	0,7
Extremadura	3,0
Galicia	7,3
Madrid	-
Murcia	-
Navarra	5,7
País Vasco	1,2
La Rioja	-
España	4,9

Fuente: Consejo General del Poder Judicial <https://www.poderjudicial.es>

6. LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA

En cuanto a la financiación del sistema, sugerimos estudiar la posibilidad de establecer una tasa o un precio público, según proceda a criterio de los expertos en la materia, sobre la base de las siguientes normas: Ley [EST] 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos; Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales; y Texto Refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalitat de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 3/2008, de 25 de junio.

Puede servir como modelo la tasa que se establece en el art. 7.4 bis 2.4 de la Orden EMT/120/2023, de 15 de mayo, por la que se da publicidad a la relación de las tasas vigentes en el Departamento de Empresa y Trabajo, según el cual «La cuota de la tasa por la prestación de servicios y la realización de actividades administrativas de inspección de consumo a las empresas prestadoras de servicios básicos es de 58,75 euros por cada reclamación que haya dado lugar a la inspección».

No obstante, esta propuesta no exime de participar en la financiación del sistema al Ministerio competente en materia de consumo ni a la Generalitat y a las entidades locales de contribuir con los presupuestos correspondientes, como se hace hasta ahora.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA PROPUESTA DE REDACCIÓN DE LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

De conformidad con lo que hemos expuesto anteriormente, procedemos a proponer la redacción que consideramos que deberían tener las normas a modificar mediante el siguiente cuadro comparativo en el que se señala en tinta roja la modificación propuesta.

Artículos a modificar	Redacción actual	Propuesta de redacción
Art. 58 del Texto Re-fundido de la Ley Ge-neral para la defensa de los consumidores y usuarios (RDL 1/2007)	La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sis-te-ma Arbitral de Consumo.	La sumisión de las partes al Sistema Arbitral de Consumo será voluntaria, <i>excepto en los supuestos que establece el apartado siguiente</i>, y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo. <i>No obstante lo dispuesto en el apartado anterior; cuando la controversia verse sobre la prestación de servicios de carácter esencial, necesarios para la vida diaria o de uso generalizado entre los consumidores, como los suministros de electricidad, gas, agua y comunicaciones e l e c - trónicas, transportes y servicios financieros y de seguros, la sumisión al Sistema Arbitral de Consumo será potestativa para los consumidores pero obligatoria para las empresas, siempre que la cuantía sea inferior a 2.000 euros.</i> 3. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere forma-lizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo.
Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo Art. 1.3	3. La sumisión al arbitraje de consumo tiene naturaleza voluntaria para las partes que mantienen la controversia.	3. La sumisión al arbitraje de consumo tiene naturaleza voluntaria para las partes que mantienen la controversia, <i>excepto cuando la controversia verse sobre la prestación de servicios de carácter esencial, necesarios para la vida diaria o de uso generalizado entre los consumidores, como los suministros de electricidad, gas, agua y comunicaciones electrónicas, transportes y servicios financieros y de seguros, en cuyo caso la sumisión al Sistema Arbitral de Consumo será potestativa para los consumidores pero obligatoria para las empresas, siempre que la cuantía sea inferior a 2.000 euros.</i>

Artículos a modificar	Redacción actual	Propuesta de redacción
Art. 31.4	4. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad salvo que las partes, de común acuerdo, opten expresamente por la decisión en derecho. Si el empresario en su oferta de adhesión hubiera optado por que el litigio sea resuelto exclusivamente en derecho y el consumidor hubiera optado en su solicitud de forma expresa por que el litigio sea resuelto en equidad, se comunicará este hecho y se solicitará al reclamante su aceptación de la decisión en derecho, tratándose la solicitud como si no existiera adhesión previa en caso de falta de acuerdo.	4. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad salvo que las partes, de común acuerdo, opten expresamente por la decisión en derecho. Si el empresario en su oferta de adhesión hubiera optado por que el litigio sea resuelto exclusivamente en derecho y el consumidor hubiera optado en su solicitud de forma expresa por que el litigio sea resuelto en equidad, se comunicará este hecho y se solicitará al reclamante su aceptación de la decisión en derecho, tratándose la solicitud como si no existiera adhesión previa en caso de falta de acuerdo. <i>No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el arbitraje de consumo tenga carácter obligatorio para las empresas, según lo establecido en el artículo 1.3, el arbitraje se decidirá en derecho, salvo que las partes, de común acuerdo, opten expresamente por la decisión en equidad.</i>

Artículos a modificar	Redacción actual	Propuesta de redacción
Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje Art. 41	1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: Que el convenio arbitral no existe o no es válido. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. Que el laudo es contrario al orden público. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.	1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: Que el convenio arbitral no existe o no es válido. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. Que el laudo es contrario al orden público. <i>Tratándose de un laudo dictado en un procedimiento arbitral de consumo de carácter obligatorio, que el laudo es contrario a las normas que resulten aplicables o que estas se han aplicado incorrectamente.</i> Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás. <i>En el caso previsto en el párrafo g) del apartado 1, la sentencia tendrá la estructura y contenido establecido en el artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la sentencia dictada en el recurso de casación.</i> La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

