

ALGUNAS CLAVES EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES EN LA UE, EN LA ERA DIGITAL: DERECHOS Y MECANISMOS DE TUTELA

SOME KEYS IN CONTRACTING WITH CONSUMERS IN THE EU, IN THE DIGITAL ERA: RIGHTS AND PROTECTION MECHANISMS

Carmen Muñoz García*

RESUMEN: La Unión Europea tiene cerca de quinientos millones de consumidores potenciales. Y aunque los Estados miembros han ido implementando medidas dirigidas a defender los intereses de los consumidores desde mediados de los años setenta, la UE no ha dejado de promover y armonizar medidas para garantizar a los ciudadanos europeos un elevado nivel de protección en el mercado único europeo. Aspectos claves en los contratos con consumidores como lo son el derecho a una información clara y comprensible sobre el producto o servicio antes de la celebración del contrato, el derecho de desistimiento, la conformidad, las garantías o la protección frente a las cláusulas abusivas son objeto de este trabajo. Las recientes Directivas y Reglamentos sobre los mercados en línea o los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, no han hecho sino poner en valor la relevancia de conocer estos derechos y analizar muchos de los avances dados des-

* Profesora Titular de Derecho civil Universidad Complutense. Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la UCM (IDEIR). Codirectora del Grupo de Investigación UCM “Derecho de Daños. Derecho de la contratación”. carmenmunoz@der.ucm.es. <https://orcid.org/0000-0002-4471-3788>

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «Hacia una Justicia civil eficiente: desafíos actuales y próximos desde la perspectiva europea» (PID2019-103909GB-I00), y del Grupo de Investigación UCM 971680 «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», validado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del MINECO.

de Europa. En este punto, el objetivo de la Unión es proporcionar a los consumidores igual tutela a los contratos on-line que a los celebrados off-line. Y aunque quedan al margen de este estudio tanto el Reglamento 2022/1925 (DMA) como el Reglamento 2022/2065 (DSA), sobre mercados y servicios digitales, respectivamente, especialmente plataformas en línea, muchos de los derechos incluidos en este estudio serán punto de referencia en los nuevos entornos digitales.

PALABRAS CLAVE: protección del consumidor; mercado digital; información pre-contractual; desistimiento; conformidad; garantías; cláusulas abusivas; normas disuasorias; sanciones.

ABSTRACT: The European Union has closet to five hundred billion potential consumers. And although Member States have been implementing measures aimed at defending the interests of consumers since the mid-1970s, the UE has not stopped promoting and harmonizing measures to guarantee European citizens a high level of protection in the single European market. Key aspects in contracts with consumers such as the right to clear and understandable information about the product or service before entering into the contract, conformity, the right to withdraw, guarantees or protection against unfair terms are the subject of this paper. The recent Directives and Regulations on online markets or contracts for the supply of digital content and services have only highlighted the relevance of knowing these rights and analyzing many of the advances made from Europe. At this point, the objective of the Union is to provide consumers with the same protection of online contracts as those concluded offline. And although both Regulation 2022/1925 (DMA) and Regulation 2022/2065 (DSA) on digital markets and services, respectively, especially online platforms, are left out of this study, many of the rights included in this study will be point of reference in the new digital environments.

KEYWORDS: consumer protection; digital market; pre-contractual information; withdrawal; conformity; guarantees; unfair terms; dissuasive rules; sanctions.

SUMARIO: 1. CUESTIONES GENERALES: 1.1. Los primeros pasos en la protección del consumidor: el Derecho de consumo. 1.2. Concepto jurídico del consumidor. 1.2.1. El consumidor vulnerable. 1.2.2. El consumidor digital.— 2. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. IMPULSO, FORTALECIMIENTO Y NOVEDADES: 2.1. Derecho a la información. 2.2. Derecho de desistimiento. 2.3. Principio de conformidad y remedios frente al incumplimiento en la compraventa de bienes, y en el suministro de contenidos y servicios digitales. 2.3.1. La Directiva 2019/771, sobre compraventa de bienes. Reforzar el principio de conformidad. 2.3.2. La Directiva 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Resolución cualificada.— 3. MECANISMOS DE TUTELA FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA DIRECTIVA 93/13: 3.1. Las condiciones generales de la contratación, propias de los contratos de adhesión. 3.2. Régimen general de protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. Buena fe, justo equilibrio, y además, transparencia. 3.3. El régimen especial del art. 4.2 de la Directiva. La falta de transparencia sobre elementos esenciales. 3.4. Cláusula abusiva. Consecuencia y efectos. 3.5. Otras alternativas admitidas en el DUE para evitar la

ineficacia del contrato. 3.5.1. Transacción y renuncia. Un remedio creciente. 3.5.2. ¿La integración?.—4. MECANISMOS DE TUTELA DISUASORIA EN LA DIRECTIVA 2161/2019. MEJORAR Y ADAPTAR LA NORMATIVA DE CONSUMO AL DESARROLLO: 4.1. A grandes rasgos, leyes que impulsan normas sancionadoras para reforzar el efecto disuasorio. 4.2. Los grandes ejes de la Directiva 2161/2019. Sanciones y el derecho de información.—5. ¿Y LOS MECANISMOS DE TUTELA RESARCITORIA?.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA

1. CUESTIONES GENERALES

Es nuestro propósito presentar todas las cuestiones principales que sirvan para el conocimiento, el análisis y el debate sobre lo que significa para el Derecho civil la protección de los consumidores en cualquier tipo de negocio jurídico o contratación en el que participe. La progresiva tutela de estos es el objetivo común de cualquier legislación en la materia, si bien, no faltarán difíciles quiebros legales y jurisprudenciales para alcanzar el justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes contratantes e incentivar el libre mercado, a sabiendas de que el consumidor es la parte más débil en el contrato. Y si los tutelados por la norma son los consumidores, los beneficiados lo es la sociedad en su conjunto, porque la confianza de los anteriores en los mercados beneficia a estos y la dinámica de la economía interna de la UE

Se trata de poner en valor todo lo que significa la protección del consumidor en su día a día, y en cualquiera de las actividades en las que se posiciona frente a empresarios o profesionales, en una más que probable posición de debilidad, principalmente por la falta de información y por la generalización de las cláusulas predispuestas. Nos adentraremos también en conceptos muy recientes como el de consumidor vulnerable y lo que supone la digitalización para los consumidores, y cómo no, en principios, reglas e instituciones fundamentales del Derecho contractual europeo de consumo (básicas), que surgen en contextos presenciales o en los denominados inicialmente “contratos a distancia”, y que se formalizan por medios electrónicos. Estos últimos, completamente disruptores por revolucionar el comercio tradicional, incluirán desde los celebrados a través de internet (*e-commerce*, o comercio electrónico, como sistema de compra y venta de productos o servicios que se realiza exclusivamente a través de Internet. Contemplando transacciones mediante una plataforma online que gestiona los cobros y los pagos de manera completamente electrónica), por teléfono, e incluso, los contratos de contenido o servicios digitales. Para los primeros hará falta el envío material —o físico— del producto, o la prestación efectiva del servicio, para los segundos, la ejecución se podrá llevar a efecto de manera directa, y probablemente inmediata, como es disfrutar de una serie en *streaming*, un juego, o programas informáticos. Estos contratos a distancia, aunque fueron incorporados en el

Derecho europeo tras la Directiva 2011/83¹, han ido ampliando su ámbito y regulación para dar respuesta al mercado creciente. Como ejemplo, la Directiva 2019/770 sobre aspectos de los contratos de suministro de contenido y servicios digitales² que ha entrado en vigor en enero de 2022³.

Y será contrato de consumo —a diferencia de un contrato electrónico mercantil— desde el momento en el que una de las partes es un consumidor, ya sea del bien o producto, ya de la prestación del servicio.

1.1. Los primeros pasos en la protección del consumidor: el “Derecho de consumo”

La figura del consumidor, con derechos y obligaciones, y como protagonista del consumo, aparece con ocasión del discurso del presidente de EE.UU, John F. Kennedy, que pronunció el 15 de marzo de 1962. En aquella intervención ante el Congreso de EEUU, Kennedy declaró que «ser consumidor, por definición, nos incluye a todos». Y fijó la necesidad de protección frente a los abusos: «Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero también el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados». El Tratado de Roma que estableció la CEE (1957), no tuvo en cuenta esta figura. Este, más preocupado por promover el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros se basa en las cuatro libertades principales, según su art. 2, determinó como objetivos la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales.

¹ La 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, y que aplicable a la compraventa de bienes —y servicios—, contiene normas sobre las condiciones de entrega. Si bien, el grueso de la regulación se ocupa de los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, y se presenta como una armonización plena de los requisitos de información precontractual y el derecho de desistimiento.

² La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, la Directiva 2019/770, o Directiva de servicios digitales, o DCSD), y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) número 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (en adelante, la Directiva 2019/771 o Directiva sobre compraventa de bienes o DCB), y que también comprende la compraventa de bienes con elementos digitales.

³ Carmen Muñoz García, «Contratos con contenidos y servicios digitales. Cesión de datos y “resolución cualificada”», en *LAW & PRIVACY*, dirigido por Luz Martínez Velencoso. Aranzadi Thomson Reuters, 2022.

Sería la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 1983, la que impulsó de nuevo la figura del consumidor al señalar la fecha del 15 de marzo —en recuerdo al discurso de Kennedy—, como el Día Mundial de los Derechos del Consumidor.

Dicho esto, veremos como Europa, a pesar de haberse sumado más tarde a la protección del consumidor, está a la vanguardia en cuanto a la normativa de protección de los consumidores. Veremos conceptos principales y las normas más relevantes que nos ayudan a poner en contexto la profunda y progresiva protección que otorga el Derecho de la Unión a los consumidores. Y aunque el punto de partida lo podemos fijar en el Convenio de Viena de 11 abril 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, aunque en este caso para excluir de su ámbito de aplicación las relaciones de consumo (art. 2.a), algunas Directivas especiales y algunos Reglamentos pondrán el acento en estas relaciones en las que consumidor y empresario constituyen las dos partes de la contratación en el denominado Derecho de consumo. Así ocurría con el Reglamento 44/2001, de 22 diciembre, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (denominado Reglamento Bruselas I), y en el que se fijaba que estamos ante «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» (art. 15.1). Tras revisión del anterior, el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como Bruselas II bis), traslada igual concepto de consumidor para fijar competencias especiales cuando uno de los sujetos en el contrato sea un consumidor.

No es ocioso citar el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, por transformación del Convenio de Roma de 1980) contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «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».

1.2. Concepto jurídico de consumidor

Valga de punto de partida la STS, S. 1^a, núm. 808/2021, de 23 de noviembre cuando afirma que el concepto de consumidor debe ser interpretado a la luz de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y su aplicación por el TJUE. Exactamente, el art. 2 b) de la meritada norma europea precisa que este es: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Para considerar a una persona como consumidora, la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Ste-*

fan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), precisa que este concepto 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, apartado 29 y jurisprudencia citada)⁴.

El concepto que da la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, así como en otras en prácticamente iguales términos —también en Reglamentos, como ya hiciera el conocido como Bruselas I, y actualmente el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Bruselas II bis—, se interpreta por los tribunales internos y por el TJUE en sentido restrictivo y desde el criterio negativo de que es consumidor la parte más débil, cuando no actúa en el ámbito de una actividad profesional o empresarial. La protección del consumidor, como parte considerada más débil, solo se justifica pues, en contratos cuyo objeto principal no es la actividad profesional. Por otro lado, aunque la norma europea se limita a incluir a la persona física, nuestro Derecho interno, en el TRLGDCU —antes lo hizo la ley de consumidores de 1984—, lo hará extensible también a la persona jurídica siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro. Esto es compatible con el DUE, como da muestras la STJUE de 2 de abril de 2020, *Condominio di Milano, via Meda*, C-329/19 (relativa a una comunidad de propietarios) al afirmar que la Directiva no se opone a que los Estados miembros: “pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación (véase, por analogía, la sentencia de 12 de julio de 2012, asunto *SC Volksbank România*, C-602/10), siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados”. Es por ello que nuestra legislación de consumidores, ya desde la Ley de 1984, haya ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro.

A los efectos de la Directiva 93/13, y para cuando existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad (personal y profesional), habrá de tenerse en cuenta el considerando 17 de la Directiva 2011/83, la sentencia del TJUE de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01 y la de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, que reitera la precedente y señala que, pretender la finalidad privada sólo es posible si: “*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, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato*”⁵.

⁴ Así lo recoge la STS S 1ª núm. 232/2021, de 29 de abril.

⁵ Así lo refiere doctrina jurisprudencial interna. Entre ellas, la STS de 14 de junio de 2022. <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6c282ded98bf4035a0a8778d75e36f0d/20220624>

Conviene mencionar el término adoptado por la Directiva 85/374, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos —Directiva de máximos que no permite que los Estados miembros adopten medidas más protectoras de los consumidores—, que aunque a lo largo de todos los considerando del texto incide en la necesaria protección del consumidor fijando el régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, fija, a lo largo de todo su articulado como parte débil, a proteger, al “perjudicado”, y lo hace para protegerle mediante un sistema de responsabilidad objetiva, y principalmente frente al “productor”. Veremos como quedan estos términos tras la iniciada propuesta de reforma de la Directiva para adaptarla a la Propuesta definitiva de Reglamento de Inteligencia Artificial presentada en abril de 2021.

Algo parecido ocurre con la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, que aborda las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos, y en perjuicio de sus intereses económicos. De modo que esta Directiva protege: (i) directamente al consumidor frente a las empresas que actúan deslealmente, (ii) e indirectamente a los profesionales o empresarios que operan lícitamente en el mercado. Por otro lado, esta Directiva se mostrará especialmente protectora frente a prácticas comerciales desleales que incidan en *“el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”* (art. 5.3 Directiva).

1.1.1. El consumidor vulnerable

La anterior Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales, pone de manifiesto la existencia de un consumidor especialmente sensible y frente al que el ordenamiento europeo debe proporcionar una mayor protección jurídica, es el denominado “consumidor vulnerable”⁶. En esta Directiva deja claro que, la tutela que contiene, tiene como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el TJUE, *“está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales”*. Y aunque tiene en cuenta distintos criterios básicos

⁶ Merece especial mención la primera monografía publicada sobre este tema, en la que la autora hace un profundo análisis del término partiendo del comúnmente aceptado del “consumidor medio”. Vid. María Dolores Hernández Díaz-Ambrona, *Consumidor vulnerable*, Reus, 2015

(considerandos 18 y 19 de la Directiva) para considerar al consumidor como vulnerable al objeto de dotarle de mayor protección (la edad, una dolencia física o un trastorno mental), los mismos criterios genéricos nos muestran que el concepto de vulnerabilidad puede responder a una secuencia fija para un momento determinado —hoy se es menor, mañana no, se tiene depresión aguda y se sale de ella—. Por lo que el concepto es dinámico y habrá de considerarse en cada caso concreto y para cada ámbito específico. Y sin duda, la formación, la situación económica y social serán aspectos relevantes que determinen la mayor o menor vulnerabilidad del consumidor.

1.1.2. *El consumidor digital*

El concepto de consumidor evoluciona y debe adaptarse al mercado digital, y aunque no cambian los parámetros para determinar si una persona tiene o no la consideración de consumidor, en cuanto es así si actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (posición del sujeto y finalidad del contrato), la normativa europea y el TJUE inciden en potenciar la defensa del consumidor cuando opera en entornos digitales. Así, la Comisión Europea hizo pública una primera Agenda del Consumidor Digital Europeo⁷ para impulsar la confianza y el crecimiento en un mercado digital creciente y en 2020 presentó la Nueva Agenda del Consumidor⁸. En esta última, con estrategias varias que incluyen herramientas de información reforzadas —pre y post contractuales— y garantías que generen confianza en los consumidores *para un mercado único más ecológico, más digital y más justo*, se fija un doble objetivo a considerar en cualquier acción legislativa que se emprenda en materia de consumidores: *crear un espacio digital más seguro para los consumidores, en el que sus derechos estén protegidos, y garantizar unas condiciones de competencia equitativas que faciliten la innovación para ofrecer servicios mejores y más novedosos a todos los europeos*. Se trata

⁷ En 2012, la Comisión Europea adoptó la Agenda del consumidor europeo. COM/2012/0225 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2012:0225:FIN>

⁸ La Nueva Agenda Digital del consumidor fue presentada el 13 de noviembre de 2020 por la Comisión Europea, con la clara pretensión de capacitar a los consumidores para que desempeñen un rol activo en aspectos como la transición ecológica y la digital. En plena fase de adaptación y superación de la pandemia de Covid 19 (las vacunas empezarían a implantarse a comienzos de año 2021), con una digitalización internacional en fuerte progresión, la UE impulsa políticas y normas que garanticen un mayor nivel de protección para los consumidores en la contratación en línea. Y aunque se proponen medidas orientadas a apoyar variadas políticas europeas que giran en torno a cinco áreas prioritarias: (i) la transición ecológica, (ii) la transformación digital, (iii) cumplimiento y vías de recurso, (iv) la vulnerabilidad de algunas categorías de consumidores y (v) la cooperación internacional, deja claro que los derechos fundamentales no pueden minorarse en los nuevos contextos digitales. COM (2020) 696 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1605887353618&uri=CELEX%3A52020DC0696>

de promover normas que afiancen derechos vigentes así como establecer mayores garantías y mecanismos de tutela a los consumidores cuando operan en internet, ya sea cuando contratan bienes, servicios o contenidos en línea. De ahí que entendemos acertada la opinión de que “más que una revisión del concepto de consumidor cabe hablar de una actualización de este, atendiendo a las nuevas necesidades con las que nos encontramos como sucede con el desarrollo de la contratación digital”⁹. Actualización que consolida derechos fundamentales existentes, y se formulan reforzados cuando la contratación es en línea.

2. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. IMPULSO, FORTALECIMIENTO Y NOVEDADES

Como cuestión previa es oportuno poner de manifiesto que las normas de protección de los consumidores en el Derecho europeo, principalmente, se han configurado a través de Directivas de mínimos. Así ha sido en cumplimiento del art. 169 del TFUE, “para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección”. Esta vía, si bien había proporcionado importantes niveles de protección, lo ha hecho de manera muy desigual entre los distintos Estados miembros. De ahí que, con la pretensión de superar las desigualdades en aquellos aspectos que regulan (aunque en no pocos supuestos supondrá para los consumidores de según que Estados miembros sacrificar ventajas que tenían), se ha producido un giro importante en el sentido de pretender y promover la armonización plena, como ya ocurriese con la Directiva 2011/83, y como se ha puesto de manifiesto más recientemente tanto en la Directiva 2019/2161, como en las Directivas que se complementan 2019/770 y 2019/771, sobre compraventa de contenidos y servicios digitales, y de bienes. “lo que significa que los Estados no pueden mantener o introducir en su legislación nacional disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva. Pero, como se ha señalado, la armonización plena no deja de presentar problemas porque la Directiva solo puede tener eficacia en aquello que regula, por lo que el legislador estatal es libre de regular lo que no entra dentro de su ámbito de aplicación”¹⁰. Así las cosas, con las nuevas Directivas de armonización máxima, se ha iniciado un cambio de paradigma aun cuando sigamos ante una tutela fragmentaria, parcial e insuficiente. Por lo que el camino de la armonización plena iniciado

⁹ M. Dolores Hernández Díaz-Ambrona “El nuevo concepto de consumidor digital”, en *Retos normativos del mercado único digital europeo*, (dirigido por Luz Martínez Velencoso), Tirant lo Blanch, 2022, p. 180 y ss.

¹⁰ Así lo puso de manifiesto, al hilo de la Directiva 2011/83, Inmaculada Llorente Sansegundo, “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”, Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2013, vol. 5, núm. 2, p. 374.

nos aproxima a un Derecho de consumo más uniforme y a un mercado digital único, donde los Estados tengan algo que decir, aunque sea dentro de lo que marque la Directiva.

Por otro lado, es oportuno advertir que aunque pudiera presentarse el análisis de la materia desde una perspectiva cronológica, siguiendo el orden temporal de la publicación y entrada en vigor de las Directivas que configuran y/o consolidar derechos, he optado por centrar la exposición, aunque no siga el orden cronológico, en poner en valor los derechos reconocidos, independientemente del momento de su regulación. Veremos, como según normas europeas y reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE), el sistema de protección del consumidor se centra en que este está en situación de inferioridad frente al profesional/empresario, tanto en lo relativo a la información como en lo relativo a la negociación¹¹.

Bien es verdad que la normativa europea aplicable a la compraventa de bienes aún está fragmentada, aunque las normas sobre las condiciones de entrega y, por lo que se refiere a los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, los requisitos de información precontractual y el derecho de desistimiento ya han sido plenamente armonizados por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Otros elementos fundamentales fueron armonizados con la Directiva 1999/44 (principalmente, el principio de conformidad del bien con el contrato, criterios posibles, las medidas correctoras por falta de conformidad con el contrato y las principales modalidades para exigir las). Las nuevas Directivas de 2019, una sobre compraventa de bienes, otra de suministro de contenidos y servicios digitales, vendrán a establecer un reforzamiento de estas, y un régimen novedoso para la segunda.

2.1. Derecho a la información precontractual

Es de esencial relevancia que el consumidor pueda disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las cláusulas y condiciones contractuales, así como de las consecuencias del contrato. Sólo así *“El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”*¹².

En la materia, la Directiva 2011/83, sobre mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE, será relevante en la incorporación y armonización al acervo comunitario de reglas relativas a la información que debe facilitarse al consumidor antes de que

¹¹ Entre otras sentencias del TJUE: de 17 de junio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C169/14, apartado 22; de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C421/14, apartado 40.

¹² Entre otras sentencias del TJUE: sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, apartado 44; de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 57

este quede vinculado por un contrato. Y aunque en este caso, la regulación se centra en los contratos celebrados a distancia y en los celebrados fuera de establecimiento mercantil, también se exige igual deber de información, “*en los contratos distintos de estos*” (considerando 9, y art. 5 de la Directiva).

Para estos últimos, en cuanto a la información precontractual, “*el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor... salvo que dicha información resulte evidente por el contexto*”. Así, será obligado informar sobre: a) las características principales de los bienes o servicios, b) la identidad del comerciante, c) el precio total, incluidos impuestos y/o gastos adicionales, d) los procedimientos de pago, entrega, funcionamiento y vías de reclamación, e) sobre la garantía jurídica de conformidad, y las comerciales cuando proceda, f) la duración del contrato, cuando proceda, y las condiciones de resolución, g) la funcionalidad de los contenidos digitales, cuando proceda, y la protección, h), la interoperabilidad pertinente del contenido digital. Deja claro el art. 5.2 de la Directiva que todos estos requisitos mencionados se aplicarán “también a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material”. No necesariamente “*a los contratos que conlleven transacciones cotidianas y que sean ejecutados inmediatamente en el momento de su celebración*” (art. 5.3 de la Directiva). Si bien, los Estados miembros podrán adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual (art. 5.4 de la Directiva). Mayores requisitos serán precisos para la contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento, como una identificación más detallada y precisa del comerciante y sus datos de contacto, o el derecho de desistimiento (art. 6.1 de la Directiva).

Mención especial merece la STJUE de 24 de febrero de 2022, “*Tiketa*” UAB, C-536/20, sobre los requisitos de información de los contratos a distancia y la exigencia requerida en un lenguaje claro y comprensible, según Directiva 2011/83. Con todo, lo anterior no reemplaza el deber de facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio, conforme art. 8, apartado 7 de la Directiva.

También merecen especial consideración las SSTS 283/2022, de 4 de abril y la 2149/2022, de 06 de junio, que con mención expresa a la sentencia 346/2020, de 23 de junio, cuya doctrina reproducen, señala que: “*La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación*

con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato”.

Las sentencias del TJUE y del TS, así como las múltiples reformas impulsadas por el legislador europeo y nacional, no hacen sino poner en valor el relevante deber y correlativo derecho del consumidor, acerca de la información sobre las cláusulas contractuales y las consecuencias que puedan derivarse para el consumidor.

2.2. Derecho de desistimiento

El desistimiento *ad nutum*, es decir, el derecho del consumidor a desvincularse del contrato, unilateralmente y sin justa causa, en un breve plazo de tiempo, se atribuye por primera vez en la Directiva 85/577, de 20 de diciembre (vigente hasta junio de 2014), referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El art. 5.1 se refiere al “*derecho de renunciar a los efectos de su compromiso*” en el plazo de 7 días tras recibir la información contemplada en artículo anterior. Le siguen en parecidos términos, aunque con limitaciones, la Directiva 87/102 y sus modificaciones (vigente hasta junio de 2010), sobre disposiciones de los Estados miembros en materia de crédito al consumo al contemplar en el art. 8 que el consumidor tendrá derecho “*a liberarse de las obligaciones que haya contraído en virtud de un contrato de crédito antes de la fecha fijada por el contrato*”: La Directiva 2008/48 por la que se deroga la precedente en contratos de crédito al consumo determina que debe establecerse un derecho de desistimiento “*sin penalización ni obligación de justificación, en condiciones similares a la Directiva 2002/65...relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*” (considerando 34). El plazo para desistir del contrato de crédito será de 14 días según art. 14 de la Directiva 2008/48.

Previamente, la Directiva 97/7 (vigente hasta junio de 2014), sobre contratos a distancia, mencionaba un “derecho de resolución” (art. 6), aunque después concretaba en el apartado 1 que: “*respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor*”.

Sería la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores, y por la que se modifican otras Directivas precedentes, la que configure y unifique el derecho de desistimiento. En el considerando 5 del citado texto se expresa por primera vez la pretensión de la Directiva: “*la plena armonización de determinada información facilitada al consumidor y del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento contribuirá a un elevado nivel de protección de los consumidores y a un mejor funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores*”. Admite

además, que en las ventas a distancia el consumidor debe disponer en todo caso de este derecho, una vez que no dispone de los bienes antes de celebrar el contrato, por lo que debe probarlo e inspeccionarlo. Añade también, que ha de establecerse un plazo único para todos los contratos a distancia (también para los contratos celebrados fuera de establecimiento), señalándose que el derecho expira a los 14 días, con matizaciones respecto al *dies a quo*: (i) en el caso de los contratos de servicios, el plazo de desistimiento debe expirar a los 14 días de la celebración del contrato, (ii) en el caso de los contratos de venta, el período de desistimiento debe expirar a los 14 días del día en que el consumidor o un tercero distinto del transportista e indicado por el consumidor haya adquirido posesión material de los bienes. Además, el consumidor debe poder ejercer el derecho de desistimiento antes de entrar en posesión material de los bienes, (iii) cuando el consumidor encarga múltiples bienes en un solo pedido, pero dichos bienes se entregan por separado, el plazo de desistimiento debe expirar a los 14 días del día en que el consumidor adquiera la posesión material del último bien, (iv) cuando los bienes se entregan en diferentes lotes o partes, el plazo de desistimiento debe expirar a los 14 días del día en que el consumidor adquiera la posesión material del último lote o de la última parte. Estos plazos podrían verse ampliados hasta un máximo de 12 meses de prescripción si el consumidor no fuese informado de tal derecho (considerando 37 a 50 y artículos 9 a 16 de la Directiva)¹³.

2.3. Principio de conformidad y remedios frente al incumplimiento en la compraventa de bienes, y en el suministro de contenidos y servicios digitales

Tras el fracaso de crear, primero un Código civil europeo, después, un Derecho contractual europeo, y un Derecho de la compraventa europea, la armonización de la materia se ha empezado a gestar a través de regulaciones parciales, más limitadas en cuanto a su ámbito de aplicación y contenido pero más ambiciosas en cuanto a su fuerza obligatoria. Y así se produce a través de de normas europeas que promueven reglas de máximos, principalmente, cuando de proteger al consumidor se trata. De hecho, en la senda iniciada con la Directiva 2011/83, se sienta las bases del desistimiento lícito del consumidor. Esto, no es baladí, su notable amplitud en su aplicación “sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase” (art. 68.1 TRLGDCU), da cuenta de su entidad y escasa onerosidad para el usuario, siempre que lo ejercite en plazo. Con este antecedente, y con las nuevas Directivas, parece que el legislador europeo ha optado por ir implantando, en un contexto más pausado, aspectos comunes que posibiliten mediante reglamentos, o directivas de máximos, un avance en la máxima armonización de la materia. El contexto digital en crecimiento exponencial junto con la

¹³ Con la Directiva, Anexo I sobre el ejercicio del derecho.

pretensión de amparar al consumidor fortaleciendo el libre mercado han sido determinantes.

Un impulso importante, un nuevo hito, llega a través de dos Directivas: la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, la Directiva 2019/770, o Directiva de servicios digitales, o DCSD), y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) número 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (en adelante, la Directiva 2019/771 o Directiva sobre compraventa de bienes o DCB), y que también comprende la compraventa de bienes con elementos digitales.

Ambas Directivas son complementarias y comparten como objetivo la armonización máxima de determinados aspectos relativos a estos contratos con consumidores: la conformidad de los productos, contenidos o servicios digitales, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad, y las modalidades para recurrir a ellas. Sobre esta base, la pretensión es lograr un mercado único digital en el que la protección de los consumidores salga fortalecida y la seguridad jurídica y el libre desarrollo de los mercados, también. Con una armonización de máximos en el nuevo e imparable escenario que tienen al comercio electrónico de fondo, la transposición de estas Directivas exige de determinación, pero también de búsqueda del equilibrio en los intereses del consumidor/usuario y vendedor (queda fuera el productor —cdo. 12 y 18 Directivas 2019/770 y 2019/771—). En definitiva, tanto empresas como consumidores deben poder basarse en derechos contractuales plenamente armonizados, por lo que “las normas sobre requisitos de conformidad, las medidas correctoras disponibles para los consumidores por falta de conformidad de los bienes con el contrato y las principales modalidades para recurrir a ellas deben estar plenamente armonizadas” (cdo. 6 y 10, respectivamente). De ejemplos de aplicación de una u otra Directiva, dan cumplida muestra los considerandos 20 y 21 de la Directiva 2019/770, considerandos 13 14 y 15 de la Directiva 2019/771.

En España, el RDL 7/2021, de 27 de abril, ha transpuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TR-LGDCU) las Directivas 2019/770 y 2019/771, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y contratos de compraventa de bienes. La transposición se ha producido en plazo y su entrada ha tenido lugar el 1 de enero de 2022.

2.3.1. *La Directiva 2019/771, sobre compraventa de bienes. Reforzar el principio de conformidad*

La precedente Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que la Directiva 2019/771 deroga, ya

puso en valor el principio de conformidad del bien con el contrato, y a sabiendas de que este constituía una fuente principal de conflictos entre vendedor y consumidor, implantó reglas que facilitaban su aplicación. Así, introdujo la presunción de conformidad y criterios para entender la conformidad, declaró, en sintonía con los ordenamientos de los Estados miembros, la responsabilidad directa del vendedor cuando exista falta de conformidad durante un plazo de dos años, y estableció medidas correctoras ante la falta de la misma (reparación, sustitución, reducción de precio y resolución).

Se entienden por “bienes” al objeto de Directiva 2019/771, y con alguna excepción, como determina el art. 2.5 de la misma: “a) todo objeto mueble tangible; el agua, el gas y la electricidad se considerarán bienes en el sentido de la presente Directiva cuando se pongan a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas; b) todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones (en lo sucesivo, «bienes con elementos digitales»”). Quedan excluidos, los contratos sujetos a la Directiva 2019/770 (contenidos y servicios digitales y contratos relativos a soporte material que sirva exclusivamente para alojar contenidos digitales, como un DC o un DVD).

Son aspectos clave:

i) Las normas sobre conformidad. Así, el vendedor debe asegurarse de que los bienes suministrados al consumidor sean conformes al contrato de compraventa (art. 5 DCB). Por lo que los bienes deben cumplir determinados requisitos subjetivos de conformidad —vinculados a lo acordado por las partes— (art. 6 DCB) y otros objetivos —vinculados a lo esperable/ expectativas que corresponden al bien— (art. 7 DCB). Son parámetros subjetivos de conformidad, vinculados a los términos del contrato: que las cualidades, cualidades, funcionalidad, compatibilidad y otras características del bien serán acordes a lo pactado, que habrá de adecuarse a los fines específicos puestos en conocimiento a más tardar a la firma del contrato, habrá de corresponderse con la muestra o el modelo facilitado al consumidor, se suministrarán con los accesorios, las instrucciones y el envase que el consumidor puede esperar razonablemente, y con las actualizaciones correspondientes. A los anteriores requisitos se añaden los parámetros objetivos de conformidad, y que tienen que ver con lo que es razonablemente esperable con bienes del mismo tipo en el mercado “dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, o por otra persona en fases previas de la cadena de transacciones”, dice el considerando 29 de la Directiva 2019/771. También, la incorrecta instalación del bien, será considerada una causa para alegar falta de conformidad (art. 8DCB).

ii) La regla general, mínima, es que el plazo para manifestar la falta de conformidad, que es un plazo de garantía, habrá de manifestarse en el plazo de dos años desde la entrega del bien. Para los de segunda mano, será mínimo de un año (art. 10.1 y 10.6 DCB). El plazo para informar la falta de conformidad, deberá ser al menos de dos meses (art. 12.1 DCB).

iii) Derechos o medidas correctoras por falta de conformidad. La Directiva, que no afecta a los aspectos generales de Derecho contractual como la celebración, validez, nulidad o efectos de los contratos, y a la responsabilidad extracontractual, establece que: “el consumidor debe tener derecho a que los bienes sean puestos en conformidad —reparación o sustitución—, a que se le aplique una reducción proporcionada del precio o a resolver el contrato” (considerandos 18 y 47). El art. 13 las fija, y los siguientes se ocuparán de cómo llevarlas a efecto (artículos 14 a 16).

vi) Se determina, con absoluta rotundidad, que para garantizar la transparencia, deben establecerse determinados requisitos respecto a las garantías comerciales. Y que estos, deben sumarse a los requisitos de información precontractual que sobre las garantías comerciales se contienen en la Directiva 2011/83 (considerando 62 Directiva 2019/771). El art. 2.12 DCB define las “garantías comerciales” como “todo compromiso asumido por un vendedor o un productor (el garante) frente al consumidor, además de las obligaciones legales del vendedor con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado o de sustituir, reparar o prestar un servicio de mantenimiento de los bienes de cualquier modo, si no cumplen las especificaciones o cualquier otro requisito no relacionado con la conformidad establecido en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente disponible en el momento o antes de la celebración del contrato”. Constituye, como se desprende del art. 17 de la DCB, la más completa información a proporcionar al consumidor.

2.3.2. *La Directiva 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Resolución cualificada*

Si la Directiva 2019/771 incorporaba al Derecho europeo la regulación de los contratos de compraventa con elementos digitales frente a la Directiva precedente de 1999, la Directiva 2019/770 incorpora por primera vez la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Si bien, la gran novedad en esta última, viene determinado, con carácter de generalidad, por la incorporación de datos —personales y no personales— en la contratación, nos proporcionará un tratamiento jurídico completamente novedoso.

Bien es verdad que, cuando el contrato implique el tratamiento de datos personales, el consumidor está protegido tanto por un conjunto de normas de protección de los consumidores, como por el Reglamento 2016/679, General de Protección de Datos (RGPD)¹⁴. Ambos marcos jurídicos se aplican a la

¹⁴ Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

relación contractual entre el empresario y el consumidor. De ahí que cuando este facilite datos personales, independientemente de que además exista un pago o no, el empresario debe informar al consumidor de los fines del tratamiento en el momento en el que se obtienen los datos. Adelantará ya este RGPD las consecuencias de la resolución del contrato en lo que afecta a los datos personales.

Vayamos por partes ¿a qué contratos se aplica la Directiva 2019/770? El considerando 18 de la misma precisa que, “debe aplicarse a cualquier contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor. Los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales”. En muchas ocasiones, estos contratos se celebran a cambio de que el usuario facilite datos, y en este caso, Instagram o LinkedIn, donde además se aportan fotografías, mensajes o comentarios, son un claro ejemplo. En otras muchas, mediará precio y cesión de datos. Así las cosas, la Directiva se aplica a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilita o se compromete a facilitar datos personales. Pero también SE APLICA cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio de un precio: la compra de un CD —como objeto tangible—, con un contenido: el curso de alemán o la visita virtual a una ciudad turística como Praga, son un claro ejemplo. Para estos últimos, qué podrían haber encajado en la Directiva 2019/771, la previsión de la Directiva 2019/770, lo impide, aunque no medien datos.

Por tanto, la Directiva 2019/770 sobre contenidos y servicios digitales debe aplicarse a todo contrato en virtud del cual el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario, a estos en todo caso, pero también a los que se suministre contenido o servicio digital a cambio de un precio. Así, por ejemplo, la presente Directiva debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico, y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales. También debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor dé su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales (considerando 24).

¿Y entonces, qué ocurre con el tratamiento de datos y la protección efectiva dispensada por el Reglamento de protección de datos? Algunos autores como Cámara Lapuente¹⁵, parten de una premisa: el legislador europeo vi-

¹⁵ Sergio Cámara Lapuente, “Disponibilidad de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales tras la resolución contractual” *La Notaría*, 2019,

sualizó que eran precisas reglas singulares y distintivas para los contratos de consumo sobre contenidos y servicios digitales, y que en estos, importaba, y mucho, más allá de la facilitación y creación de datos por los usuarios, “el destino de los datos (personales y no personales) que el usuario había facilitado al empresario, cuando, llegado el caso, la relación jurídica terminase”. Ahora bien, a pesar de que la Directiva tenía una magnánima pretensión, y que contiene: (i) normas comunes sobre obligaciones y requisitos que debe cumplir el empresario, (ii) sobre la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, (iii) medidas correctoras por falta de suministro, de conformidad, o modificación de contenidos o servicios en perjuicio del usuario, y (iv) modalidades para exigirle las medidas correctoras, finalmente —y casi como finalidad—, se ha ocupado de los derechos de los usuarios respecto de sus datos —personales o no—, solo en el caso de resolución del contrato sobre contenidos o servicios digitales. Quedan fuera otras causas de extinción del contrato, para las que los Estados miembros, deberían dar respuesta.

A pesar de esto, y siendo cierto que la detallada previsión en la Directiva sobre la resolución es, sin duda, como veremos, la gran aportación de la norma europea al Derecho de contratación digital, la regulación de un determinado tipo de contratos digitales, con datos, añade un elemento principal en el contrato que determina un tratamiento claramente diferenciado. No perdamos de vista que la resolución determina la restitución de las recíprocas contraprestaciones, si bien, en este caso, teniendo en cuenta que el dato constituye elemento esencial del contrato, que es objeto principal del mismo, la restitución conlleva *per se*, y en esencia, la restitución de los datos cedidos y creados por el usuario. Pues bien, puesto de relieve la esencialidad de los datos en estos contratos, ya típicos, y aun cuando la Directiva centre su regulación en la resolución (por falta de suministro, de conformidad, o de modificación de contenidos o servicios, arts. 13, 14 ó 19.2), la realidad es que cualquier ineficacia del contrato, deberá tener en cuenta este elemento intrínseco en la contratación digital, y que determinará, en el caso de plantearse la ineficacia del contrato, unos derechos singulares respecto a los datos.

Llegados a este punto, ¿cuál es la norma a aplicar? Es oportuno poner de relieve, como advierte Cámara Lapuente, que la intersección de Reglamento sobre protección de datos y de los derechos de los consumidores en la Directiva 2019/770 respecto de los datos facilitados por los usuarios, determina que el tratamiento sobre el destino de estos se resuelve a través de dos normas, según el tipo de datos ante los que estemos: (i) si se trata de datos personales, se aplicará el Reglamento 2016/679, y (ii) si se trata de otros datos generados por los usuarios, que no sean datos personales, para estos, será de aplicación la Directiva 2019/770. En definitiva, ¿se trataría de una Directiva que afecta a “datos no personales”?

2/3, 2019 [abril 2020]. Resumen de la ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Barcelona, octubre 2019. La digitalización del Derecho privado, pp. 124–127

Sin entrar a discutir sobre lo anterior, me parece necesario hacer alguna matización teniendo en cuenta algunas previsiones de la Directiva: por un lado, el considerando 24 de la norma europea precisa que su articulado se aplicara “ a todo contrato en virtud del cual el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario”, lo que implica que su regulación alcanza a esta información sobre una persona física identificada e identificable del art. 3.1 del RGPD; por otro lado, en el considerando 37 de la Directiva, se precisa que esta se entiende sin perjuicio de aplicarse el Reglamento 2016/679 en todo lo que sea preciso. Aunque deja claro que, en caso de conflicto entre el RGPD y la DCSD, prevalecerá el sistema mas garantista del Derecho europeo en materia de protección de datos. Admitiendo con ello que, puede haber conflicto entre la Directiva y el Reglamento respecto a los datos personales.

Así las cosas, a mi entender, a los derechos reconocidos en el Reglamento (los más usuales, el de rectificación, el de supresión o derecho al olvido, y el de portabilidad de los datos), cuando se trate de datos personales, tal y como reconoce el art. 16, apartado 2 de la Directiva, el empresario cumplirá las obligaciones propias del Reglamento 2016/679. Se incorpora al acervo de derechos del usuario que cede datos personales, el derecho a resolver ante cualquier incumplimiento (cdo. 67 DCSD). Respecto de los otros datos, los no personales, se incorporan por la Directiva, los remedios reconocidos a los usuarios cuando medie incumplimiento o falta de conformidad (derecho a impedir el uso de datos y de recuperarlos).

Ante lo anterior, podemos afirmar que desde el Derecho europeo se ha incorporado una modalidad de resolución que adquiere rasgos propios para dar respuesta a estos nuevos modelos de negocio. Su singularidad deriva de que estamos ante transacciones digitales, con cesión de datos personales, por lo que este relevante elemento exigirá que el efecto restitutorio —propio de la resolución— en relación con el objeto de la prestación suponga aplicar reglas propias y mitigar algún requisito. Hasta ahora, mientras que la doctrina jurisprudencial consolidada no se conforma con cualquier incumplimiento para admitir la resolución (que sea verdadero incumplimiento, grave, y que frustre la reciprocidad de las prestaciones), en estos supuestos en los que median datos, no será necesario que el empresario haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumben. Esto, obliga a reorganizar los efectos resolutorios cuando median datos. Lo que en mi opinión, no impide que este tratamiento dado a la resolución de un contrato en el que median datos, pueda extenderse a los diferentes casos de ineficacia de estos nuevos modelos de negocio, como es el caso de desistimiento o el de rescisión¹⁶.

¹⁶ Así ha sido manifestado en Carmen Muñoz García, “Contratos con contenidos y servicios digitales. Cesión de datos y “resolución cualificada””, en *Protección jurídica de la privacidad*, dirigido por Luz Martínez Velencoso. Aranzadi Thomson Reuters, 2022.

Ahora bien, excepcionalmente, si los contenidos o servicios digitales se proporcionan a cambio del pago de un precio, el consumidor solo podrá pretender el derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de carácter leve (considerando. 67 y 14.6 de la Directiva 2019/771). En este caso, nada se aleja de la resolución genérica, y “el empresario reembolsará al consumidor todos los importes pagados con arreglo al contrato”. (art. 16.1 DCSD).

3. MECANISMOS DE TUTELA FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA DIRECTIVA 93/13

3.1. Las condiciones generales de la contratación, propias de los contratos de adhesión

La Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, fue transpuesta en España mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC)¹⁷. En esta se incluye la regulación específica de dichas condiciones en virtud de las competencias que la Constitución española atribuye en exclusiva al Estado en el art. 149.1.6^a y 8^a, por afectar a la legislación mercantil y civil. En este marco normativo se fija como prioridad “*la protección de la igualdad de los contratantes*”. De ahí que, “*la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual*”. A resultas de esto, se distinguirán las que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales.

La LCGC nos ofrece en el art. 1.1 un concepto legal de lo que entiende por condiciones generales de la contratación, y señala sus principales características “*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”, y no tiene por qué ser abusiva.

La Sentencia de la Sala 1^a del TS de 9 de mayo de 2013 (& 137)¹⁸, extrae del citado primer artículo de las CGC cuáles son las características: a) su carácter contractual, es decir, que no derive su inserción en el contrato del

¹⁷ Vid. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>

¹⁸ Mención especial merece el comentario de la STS de 9 de mayo de 2013 de Angel Valero Fernández-Reyes, “Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad”, Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dirigido por Mariano Yzquierdo Tolsada), Vol. VI (2013-2014). Dykinson (ed. impresa), 2016. BOE (ed. on line). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9

acatamiento de una norma imperativa general o sectorial; b) su carácter de predisuestas, al estar pre redactada por el empresario y no ser fruto del consenso alcanzado después de una negociación individual; c) su imposición por el empresario de tal forma que el contrato solo puede celebrarse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula concreta de que se trate y no es resultado de una verdadera negociación; y d) su generalidad, por haber sido elaboradas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin que sea necesario que lo hayan sido para aplicarlas a todos los contratos de un tipo determinado. Además, como pone de manifiesto VALERO, en el comentario de esta relevante Sentencia, el TS ratifica el criterio de otra precedente, la STS 406/2012, de 18 de junio, en el sentido de entender que la contratación por medio de CGC, caracterizada por la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario (ya que el destinatario –tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario–, acepta o rechaza tales condiciones sin posibilidad de negociar de forma singularizada), viene a constituir *“un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación regulada en el Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”*, que hace descansar su eficacia última en la información precontractual, la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y el equilibrio prestacional.

3.2. Régimen general de protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. Buena fe, equilibrio, y además, transparencia

Conviene empezar diciendo que es fundamental distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación. Al respecto, en el preámbulo de la LCGC se señala que: *“Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”*.

Así las cosas, en nuestro Derecho interno, si por una parte el régimen de la LCGC se aplica a los contratos con consumidores y no consumidores, teniendo así un ámbito subjetivo más extenso que el predeterminado en la Directiva 93/13, será el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDLeg. 1/2007 (en adelante, TRLGDCU o TR) el que, como la Directiva, se aplica a quienes conforme art. 3 del TR se conceptúan como consumidores ¹⁹

¹⁹ Aunque esto tiene que ser matizado. No todo el TR tiene como destinatarios a los consumidores. En concreto, el libro III (responsabilidad civil por bienes o ser-

²⁰. Por otro lado, y ahora a la inversa, mientras que la LCGC solo se aplica a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos de adhesión, el TR aunque sólo protege al consumidor frente a las cláusulas abusivas —libro segundo, título II—, extiende su ámbito de aplicación además de a la estipulación que tengan el carácter de condición general inserta en una pluralidad de contratos, a la predispuesta —por no existir negociación individual— inserta en contrato particular que haya sido preestablecida, al margen del requisito de generalidad puesto de relieve para las cgc.

Y aunque no se pueden abarcar todos los tipos concretos de cláusulas contractuales en nuestro país o en cualquier Estado miembro, y examinar su abusividad o no, sí es imprescindible conocer los parámetros que sirven para la valoración o constatación del carácter abusivo de una cláusula, conforme exige el art. 3, apartado 1 de la Directiva. Estos son los siguientes:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”

Por lo que será un criterio determinante para valorar si una cláusula es o no abusiva, el de la buena fe del predisponente en las negociaciones, que habrá de tratar *“de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”*, y que introducido por la Directiva 93/13²¹, tiene por finalidad evitar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Ambos criterios se interrelacionan, pero ¿cómo se llevan a la práctica? Quizás sea más fácil comprobar si una cláusula contractual es

vicios defectuosos), en el art. 128 tiene como destinatario a “todo perjudicado”, sin distinciones entre consumidor o no.

²⁰ Tras reforma por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGD-CU, el concepto legal de consumidor en el art. 3.1 queda como sigue: *“A efectos de esta ley y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*. A lo anterior, se añadirá un segundo párrafo. Así será por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, por que se introduce un específico concepto de persona consumidora vulnerable, en el que es el definitivo art. 3.2, que tras Ley 4/2022, de 25 de febrero queda como sigue: *“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”*.

²¹ Para contextualizar esta nueva noción incorporada a la materia, vid el considerando 16 de la Directiva 93/13.

abusiva planteando estos términos en sentido negativo. Así, la cláusula es contraria a la Directiva 93/13, si la falta de buena fe provoca desequilibrio en el consumidor. O como ha aclarado el TJUE, es pertinente plantear y valorar si el profesional cree razonable *que*, “*tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*”²².

El art. 5 de la Directiva exige además, para todas las cláusulas predispuestas al consumidor, que sean suficientemente transparentes:

“...estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor...”

Por lo que, la cláusula debe responder a las exigencias de buena fe, justo equilibrio y transparencia formal.

Además, en el art. 3 de la Directiva, apartado 2, se fijará que, una cláusula redactada previamente en la que el consumidor no ha podido influir sobre su contenido —principalmente cláusulas tipo en contratos de adhesión—, se presume que es estipulación NO negociada individualmente. Esta presunción, según apartado 3, podrá ser desvirtuada por el profesional que asumirá la carga de probar que la cláusula sí se negoció.

Además, el art. 8 de esta Directiva de mínimos —en cuanto proporciona importantes niveles de protección a los consumidores, aunque desigual entre los Estados miembros—, establece formalmente que los Estados puedan “*adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*”.

En nuestro Derecho interno, y mientras que las reiteraciones y solapamientos de una regulación y otra son inevitables en muchas ocasiones, sí podemos afirmar que si la LCGC nos protege a todos respecto a las condiciones generales, el TRLGDCU refuerza el régimen de protección cuando el adherente es consumidor. De ahí que, cuando se trate de contratos con consumidores y usuarios, y en estos se utilicen cláusulas no negociadas individualmente, estas estarán sujetas a reglas de control más rigurosas e inflexibles según del DUE. Así, tanto la Directiva 93/13, como la doctrina jurisprudencial del TJUE, al margen de las regulaciones propias de cada Estado miembro, marcarán los aspectos que son de obligado cumplimiento²³, incorporando

²² Entre otras sentencias del TJUE: sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, apartados 68 y 69; de 20 de septiembre de 2017, *Andriuciu*, C-186/16, apartado 57.

²³ En el Derecho español, mientras los artículos 5 y 7 LCGC introducen criterios de incorporación de estas estipulaciones en contratos con independencia de que el adherente sea o no consumidor; en los artículos 80 a 91 TR (título II, condiciones generales y cláusulas abusivas), se fijan reglas de control de las cláusulas cuando el adherente es consumidor. Así, (i) al control de inclusión o incorporación (art. 80.1 a) TR), e interpretación (art. 80.2 TR); (ii) y al control de contenido.

controles principales: (i) denominados de incorporación o inclusión; y (ii) de contenido; y un control excepcional (iii) el de transparencia, cuando no cabe el control de contenido, por tratarse de cláusulas sobre aspectos esenciales del contrato —cosa o precio—, servicios, o contraprestación, no accesorios, que se presumen hartamente negociados. Con todo, algunos autores hablan ya de que esta clasificación de las categorías de incorporación, contenido, y transparencia, está obsoleta²⁴.

²⁴ Sirva como explicación qué seguimos acudiendo a esta clasificación por el arraigo que tiene esta clasificación en el Derecho español, por lo que no es ocioso, y dada su utilidad, dar una brevísima explicación sobre el régimen general propuesto para evaluar si una cláusula predispuesta es o no abusiva, y referido básicamente a las cláusulas accesorias o secundarias: (i) El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, aunque el adherente no tenga la condición de consumidor (por todas, de la Sala 1ª, SSTS 12/2020, de 15 de enero y 2156/2022, de 31 de mayo). Este control, que se define fundamentalmente como un control de cognoscibilidad, requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal. Solo así, superará los umbrales de los artículos 5 y 7 LCGC. Además, cuando el adherente sea consumidor, los requisitos de incorporación serán más exhaustivos. En este caso concreto, el art. 82 TRLGDCU exige: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, con tamaño de letra, y fondo, legible; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. (ii) Superado el control de incorporación de una cláusulas, procede el control de contenido de la cláusula no negociada individualmente, que lo es para evitar la abusividad respecto a los elementos accesorios —no esenciales del contrato—. Para lo que el TR proporciona distintos criterios: Una regla o valoración general, la contenida en el art. 3.1 de la Directiva que la define como aquella que, pese a las exigencias de la buena fe, “*causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*”. Y a la que se refiere el art. 80.1 c) TR, en cuanto el contenido habrá de responder a los principios de “*buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*”. Buena fe exigible, y equilibrio de los derechos y deberes contractuales de ambas partes. Esto último no se refiere al equilibrio de las prestaciones pactadas, ya que la propia esencia de la autonomía de la voluntad en las economías de mercado (art. 38 CE), implica, en principio, el respeto a la libertad contractual (art. 1255 CC). Deja así fuera del carácter abusivo, “*la adecuación entre precio y retribución, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida*” (sí incluidos en el art. 4.2 Directiva 93/13). A la regla general, se añade un listado de cláusulas abusivas —indicativa y no exhaustiva de cláusulas que se presumen abusivas—, contenidas tanto en el anexo de la Directiva como en los artículos 85 a 90 del texto de consumidores en nuestro Derecho interno. Por lo que se refiere a este último, y conforme anticipa el art. 82.4 de la ley de consumidores, estas se pueden agrupar como sigue: a) las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) las que limiten los derechos del consumidor y usuario; c) las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le im-

3.3. El régimen especial del art. 4.2 Directiva. La falta de transparencia sobre elementos esenciales

De primeras, las cláusulas que por su propia esencialidad se refieren al “objeto principal del contrato” (y solo a este, ya sea cosa o precio, servicio y contraprestación), o “a la adecuación entre precio y retribución” (relación calidad-precio) se entienden, por afectar a cuestiones principales del contrato²⁵, negociadas individualmente y por tanto, que no son susceptibles de la apreciación del carácter abusivo, como expresa el art. 4.2 de la Directiva²⁶. Y es así porque se presume que, cuando contratamos, prestamos especial atención a los elementos determinantes del contrato, como lo son el precio y los intereses (a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas secundarias). Ahora bien, si las estipulaciones predispuestas NO se insertan en los contratos “de manera clara y comprensible”, sino de forma compleja, técnica, e incluso difusa, la cláusula puede devenir abusiva si en contra de la buena fe causa importante desequilibrio al consumidor. La práctica nos ha mostrado que esta exigencia de transparencia se vulnera en más supuestos de los imaginables.

El art. 4.2 de la Directiva 93/13, no traspasado a nuestro Derecho interno hasta época reciente²⁷, admite que la apreciación de abusividad no será

pongan indebidamente la carga de la prueba; e) las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”. (iii) Control de transparencia. Según el art. 5, las cláusulas propuestas al consumidor deben estar redactadas de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de la misma, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Este control de transparencia formal, se identifica por muchos autores con el control de incorporación. Sirva para ilustrar que la clasificación se considera ya obsoleta lo manifestado por algunos juristas de reconocido prestigio del siguiente artículo: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/las-interpretaciones-restrictivas-de-la-transparencia-generan-inseguridad-juridica/>

²⁵ Sergio Cámara Lapuente, *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson Aranzadi, 2006, p. 17. Ver también la reflexión del autor sobre la diferencia entre “precio” y la “relación calidad/precio”, pp. 117 y 118.

²⁶ No inicialmente transpuesto ni en la LCGC, ni en el TRLGDCU, la jurisprudencia del TJUE determinó la necesaria transposición a ambos marcos normativos, que se materializó tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI) en los artículos 5.5 de la primera, y en el 83.2 del texto de consumidores.

²⁷ La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), a través de sus disposiciones finales cuarta y novena, modifica respectivamente, el art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) y el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU). Tras la disposición final 4.1 de la Ley 5/2019, se amplía el art. 5.5 de la LCGC, que queda como sigue: «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas

respecto las cláusulas que por su propia esencialidad —se refieren al objeto principal del contrato o al precio y la retribución—, se entienden negociadas individualmente, y por tanto no son susceptibles de la evaluación del carácter abusivo en los términos del art. 3.1. Para estas se fijará un parámetro de transparencia, y se interpretará en sentido amplio:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato 28 ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Pese al tono genérico con el que se contempla el requisito establecido en el art. 4.2 sobre que todas las cláusulas deben redactarse *de manera clara y comprensible*, el Tribunal europeo ha interpretado este requisito en un sentido mucho más amplio del su literal. Y así es para ir más allá de la exigencia formal y gramatical, exigiendo una transparencia material, que implica que la información dada al consumidor sea suficiente para que comprenda el alcance jurídico y económico de la cláusula relativa al objeto principal del contrato^{29 30}. Ha hecho valer otras aportaciones de la Directiva 93/13 para extender al control de transparencia otros condicionantes. Estos otros aspectos a tener en cuenta son: (i) el considerando 20 en cuanto *“que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor”*; y (ii) que según el punto 1, letra i), del anexo de la Directiva 93/13/CEE, el hecho de que los consumidores, al adherirse, no tuvieran una

de pleno derecho». Además, por la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de la Ley 5/2019, se añade al art. 83 del TR, un párrafo 2 que contemple las consecuencias de que falte la transparencia en contratos con consumidores. Así resulta que: *«Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»*

²⁸ Dice el Tribunal europeo que por tales deben entenderse aquellas que establecen las obligaciones esenciales del contrato celebrado entre un profesional y un consumidor y, como tales, lo caracterizan. Así lo indica en la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*, C-186/16, apartado 34.

²⁹ Entre otras sentencias del TJUE: sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-348/14, apartados 71 y 72; de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C307/15 y C308/15, apartados 48 y 49.

³⁰ El Derecho español irá mucho más allá y otorgará una protección más efectiva y elevada a la prevista por el art. 4.2 de la Directiva —conforme a lo previsto en el art. 8—, una vez que, la normativa interna prevé que un órgano jurisdiccional interno puede apreciar, *“en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”*. Así se recoge en la sentencia del TJUE sentencia de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, apartados 42 y 43.

“oportunidad de tomar conocimiento real”, de familiarizarse, con las cláusulas del contrato.

Si bien es cierto que el principio de transparencia constituye un paradigma insoslayable en la contratación con consumidores, no lo es menos que el control de transparencia material —más expansivo—, de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato —por tanto, específico y excepcional—, viene impuesto para estas por el art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Con todo, si en la cláusula predispuesta relacionada con el objeto principal del contrato o el precio y la retribución (art. 4.2), falta algo más que la transparencia formal exigida (artículos 3.1 y 5 de la Directiva), es decir, si se incorporó al contrato con falta de “transparencia material”, la estipulación controvertida estará sujeta al juicio de abusividad en los términos del art. 3.1. Por lo que, faltando la información precontractual, fundamental para conocer el alcance y las consecuencias económicas de la cláusula, se inicia el proceso de examinar si la cláusula en contra de la buena fe y justo equilibrio supone un perjuicio económico para el consumidor. De este análisis y evaluación, de si es contraria a la protección del consumidor, dependerá estimar o no la cláusula como abusiva. Sea como fuere, la transparencia material exige de una información suficiente de las condiciones contractuales y de las consecuencias de la celebración. Sólo así, el consumidor estará en condiciones de decidir si desea quedar vinculado en los términos que conoce y comprende³¹.

En España, será determinante en la incorporación del control de transparencia la archiconocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 que, constituye todo un hito en la materia una vez que se incorpora una exigencia de transparencia material para valorar la abusividad de cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Con la citada resolución se impulsó de manera muy notable el proceso de normalización del principio de transparencia en nuestro Derecho interno. Ahora bien, si la evaluación del carácter abusivo conforme el art. 3 de la Directiva constituye una abusividad propia, definida y anexada por ley, la posible abusividad en los supuestos del art. 4.2, debe evaluarse si es suficientemente transparente para el adherente, no solo formal y gramáticamente, sino también si comprendió tanto el alcance económico como el jurídico de su vínculo contractual. Precisamente porque es preciso que medie una resolución judicial que determine que la cláusula es abusiva, es por lo que parece oportuno, en mi opinión, hablar de una “abusividad impropia”³².

³¹ Ver sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, apartado 44.

³² Carmen Muñoz García, «Competencias o excesos del Tribunal europeo frente a las cláusulas “abusivas impropias” por falta de transparencia material (Estudio de la STJUE 19 de diciembre de 2016)». En *Estudios sobre Jurisprudencia Europea* (dirigido por Albert Ruda González y Carmen Jérez Delgado), y que recoge las aportaciones del II Encuentro anual del Spanish Hub del European Law Institute (9 de mayo de 2017), Universidad de Granada. Sepin, Madrid, 2018, pp. 647-663.

Para estas cláusulas que por contener elementos esenciales del contrato, están excluidas del control de contenido y del listado legal de cláusulas abusivas, la previsión de la Directiva para el cumplimiento de la finalidad de la misma, prevé que, si no es clara y comprensible, sea sometida al juicio de abusividad de la cláusula³³. En definitiva, habrá que ver si predispuesta y contra los criterios de buena fe y justo equilibrio, perjudica al consumidor³⁴, para su apreciación como abusiva.

3.4. Cláusula abusiva. Consecuencias y efectos

A la vista de todo lo antedicho sobre cláusulas abusivas (criterios generales, y criterio específico respecto a la apreciación del carácter abusivo de una cláusula concreta), es claro que, la protección del consumidor frente a estas estipulaciones se erige en el máximo objetivo. De ahí que, en los contratos con consumidores, la incorporación de una cláusula abusiva *per se*, o calificada como tal, según el art. 6.1 de la Directiva 93/13 suponga que esta se dejará sin aplicación:

“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

³³ En el sentido de mediar el juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cabe citar entre otras, las SSTJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, *Banco Primus*, y de 3 de octubre de 2019, C-621/17, *Gyula Kiss*. Así, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “contrariamente a las exigencias de la buena fe”, habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

³⁴ Es preciso un examen caso por caso: el órgano jurisdiccional competente, cuando respecto de una cláusula predispuesta considere “*que no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del art. 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del art. 3, apartado 1, de esa misma Directiva*”. Además, concreta que el art. 4.2 de la Directiva, y respecto de “*las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensibles*”. Así en la sentencia del 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C421/14, apartado 62 y fallo, con cita de la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-348/14, apartados 41.

Así las cosas, cabe afirmar que, estamos ante una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Dado el interés público que constituye la protección de los consumidores, incumbe al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de la estipulación que contraviene la Directiva 93/13 y dejarla sin aplicación, por lo que no vinculará al consumidor (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C 618/10, apartados 63 y 65).

El TJUE en el contexto de las cláusulas suelo, ha conectado en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gran Sala, (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*), las consecuencias determinadas en el art. 6 fijadas para cuando estamos ante las cláusulas abusivas “propias” del art. 3 de la citada Directiva, al denominado control de transparencia del art. 4.2 Directiva 93/13. Así, si el art. 6.1 de la Directiva, aplicable a las cláusulas abusivas —referidas a los elementos accidentales del contrato—, fija que “no vincularán”, el Tribunal europeo, en la citada sentencia, ha determinado respecto de las estipulaciones que describen el objeto principal de contrato: (i) la inclusión de cláusulas predispuestas y que carecen de transparencia material, “apreciadas” como abusivas, quedan sometidas a igual consecuencia que las cláusulas abusivas del art. 3 de la Directiva: no vincularán; (ii) y que esta, no es una cuestión menor, una vez que, procede “el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula” (apartado 61 STJUE 21 diciembre 2016)³⁵.

Por consiguiente, expulsada la cláusula del contrato, y siendo aconsejable la subsistencia del mismo, el efecto principal es que, procede el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, restableciendo el equilibrio contractual inicialmente vulnerado. ¿Cómo? Son efectos inherentes a dicha declaración nulidad de la cláusula, para el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho del consumidor a un estado de no abusividad³⁶: (i) o bien

³⁵ Vid. al respecto Carmen Muñoz García, “Cláusula abusiva nula y su “no vinculación”. Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016”, *La Ley*, núm. 8903, 18 de enero de 2017

³⁶ Aunque reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), determina que “el efecto” de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad (valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato), en rigor, no se trata de “los efectos”, sino de “la consecuencia”. De la consecuencia de “no vincularán”, aunque lo refieren como “efectos” también habla nuestro TS entre otras, en la STS de 25 de mayo y 6 de junio de 2022. Ambas, citan como “efecto” que la falta de transparencia abre el juicio de abusividad.

la restitución por la entidad prestamista al consumidor de las cantidades indebidamente satisfechas, como es el caso de las tan reiteradas cláusulas suelo o el IRPH; (ii) o bien el reembolso de las cantidades que el consumidor pago a un tercero en virtud de la cláusula que resulta ser nula por abusiva, como ocurre con la cláusula de gastos contenida en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria (registro, notario y/o impuestos). Lo que no obsta a que previamente, y como veremos a continuación, las partes acuerden transigir sobre la cláusula previsiblemente abusiva que podrá resultar no vinculante para el consumidor.

3.5. Otras alternativas admitidas en el DUE para evitar la ineficacia del contrato

3.5.1. Transacción y renuncia de acciones. Un remedio creciente

Ante la posibilidad de que una cláusula sea calificada como abusiva, y que esta, conforme al art. 6 de la Directiva, no vincule al consumidor, abocó a las entidades crediticias a ofrecer a acuerdos a los consumidores que evitaran la nulidad y consiguiente no vinculación de la estipulación. Los acuerdos se sucedieron a cientos, pero en muchos de ellos, de nuevo, pudo no mediar la debida transparencia material. Estos pactos, denominados por las entidades crediticias como de “novación”, pero que en rigor se ajustan al contrato un “transacción” del art. 1809 y ss. del Código civil, tratan de poner fin a la controversia judicial sobre la validez o no de la cláusula. Las cláusulas suelo fueron el detonante.

Tras sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, asunto *Ibercaja*, se admite la posibilidad de que una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, pueda ser modificada por las partes con posterioridad. Lejos pues, de posicionarse contra estos pactos, estima que el “no vincularan” del art. 6.1 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, no impide la validez de los acuerdos que modifican la cláusula suelo, admitiendo incluso que cuando el consumidor pueda ejercitar la acción de nulidad de la cláusula, puede renunciar a su ejercicio (apartados 21 a 30 de la Sentencia del TJUE).

Esta sentencia dejará suficientemente asentado cuestiones que a pesar de esta resolución siguen poniéndose en entredicho: (i) se admite que una cláusula potencialmente nula como es la cláusula suelo, pueda ser modificada

Esta cierta consecuencia, aparece, entre otras, en las SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matei*; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriiciuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT). Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

posteriormente (apartados 21 y ss.), si el consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula originaria, otorga un consentimiento libre e informado a modificar la cláusula potencialmente nula; (ii) que la cláusula creada *ex novo* para sustituir la anterior, si predispuesta, debe cumplir las exigencias de transparencia. Es más, el consumidor debe alcanzar a comprender el verdadero alcance económico de la cláusula que sustituye a la anterior, según apartados 40 y ss.; (iii) respecto de la renuncia de acciones —cuestiones prejudiciales 3 y 5— es de señalar que mediante el mal denominado “contrato de novación” Ibercaja Banco y XZ, además de pactar una reducción del tipo de la cláusula suelo, acordaron una renuncia mutua a ejercitar acciones relativas a la originaria y a la *ex novo* cláusula suelo.

Respecto de esta cláusula de renuncia del consumidor a hacer valer ante el juez la nulidad de la cláusula inicial, el Tribunal Europeo fija una diferencia esencial que parece del todo razonable: niega la validez de la cláusula de renuncia, siempre que esta se refiera a controversias futuras sobre derechos reconocidos al consumidor por la Directiva 93/13. Distinto a esta renuncia genérica, previa a cualquier ejercicio de cualquier acción judicial, es que el consumidor renuncie al ejercicio de acciones respecto de la nueva cláusula suelo, que “puede ser calificada como «abusiva» cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula” (apartado 77 y final del fallo). Esta última, la renuncia específica respecto del aspecto concreto de controversia sí puede ser válida y eficaz según se desprende del fallo (apartado 67 de la Sentencia, puntos 70 a 73 de las conclusiones del AG).

Así las cosas, esta cláusula de renuncia, si predispuesta, en ningún caso puede ser genérica, y podrá ser declarada abusiva por el juez interno si adolece de la debida transparencia del art. 4.2 de la Directiva y es contraria a las exigencias de la buena fe, causando en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (apartados 57 y ss. de la Sentencia). Es más, en el apartado 62 se impone al juez nacional: “determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia”.

3.5.2. ¿Integración?

También en nuestro Derecho interno, calificada una cláusula como abusiva, el art. 83 TR fija las consecuencias: “*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”. Esta redacción queda así tras Ley 3/2014, que elimina del art. 83 la facultad que se atribuía inicialmente a nuestro juez nacional de modificar el contenido de

las cláusulas abusivas que figuraban en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El TJUE entendió en la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 *Banco Español de Crédito*, que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13, pues diluía el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

La doctrina de no integración del contrato quedó consolidada, pero el Tribunal de la Unión se enfrentó a supuestos en los que dicha postura era completamente perjudicial para el consumidor, y no restablecía el equilibrio esperable para las partes. De ahí que se ha visto abocado a modificarla.

La integración es un paso necesario para mantener la subsistencia del contrato. De ahí que el Tribunal empezara a matizar lo inicialmente resuelto: primero, vía admisión de la potestad integradora para evitar las consecuencias de la nulidad (SSTJUE de 14 de marzo de 2013, en el asunto *Aziz* y la de 14 de marzo de 2019, en el asunto *Dunai*); para admitir después el deber de integración por el juzgador, ¿en qué supuestos? Cuando aprecie la “idoneidad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional” al objeto de mantener la subsistencia del contrato si es posible restablecer el equilibrio inicialmente violentado en el contrato (SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler* o la de 3 de octubre de 2019 dictada en el asunto *Dziubak*).

La sentencia del TJUE, de 2 de septiembre de 2021, *JZ vs OTP Jelzálogbank y otros* (C.932/19), dará un paso más al admitir de pleno la facultad integradora bajo ciertos requisitos, siendo uno de ellos, que exista una norma interna que posibilite la sustitución de la cláusula abusiva por otra que permita recuperar el equilibrio en las contraprestaciones. ¿Por qué afirmamos que da paso más la meritada Sentencia, en cuanto que el deber del juzgador nacional le lleva a la sustitución de la cláusula nula por otra de Derecho interno que fija un tipo de cambio supletorio? Porque en este caso tal deber prevalece aún contra la voluntad del consumidor que de manera aprovechada puede preferir la NO subsistencia del contrato de préstamo.

Se recupera la facultad y el deber de integración por el juzgador cuando medie cláusula abusiva. Y así es, aun cuando el deber fuese suprimido en el art. 83 del TR, tras la reforma por Ley 3/2014.

4. MECANISMOS DE TUTELA DISUASORIA EN LA DIRECTIVA 2161/2019. MEJORAR Y ADAPTAR LA NORMATIVA DE CONSUMO AL DESARROLLO TECNOLÓGICO

4.1. A grandes rasgos, leyes que impulsan normas sancionadoras para reforzar el efecto disuasorio

Aunque en un contexto más reducido que en el supuesto de las cláusulas abusivas pero no por ello menos relevante y ambicioso, la Directiva 2161/2019, sobre mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores, supone un paso más del Derecho europeo hacia el fortalecimiento y modernización de las normas que protegen los derechos de los consumidores de la Unión, adaptándolas al mercado digital y al uso de herramientas digitales. Y lo hará estableciendo un marco sancionador para las empresas que no cumplan con las obligaciones de protección del consumidor; aunque en este caso lo pondrá en práctica sólo para cuatro directivas: (i) Directiva 93/133, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, (ii) Directiva 98/6, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, (iii) Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, y (iv) la Directiva 2011/83, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores.

Ahora bien, la técnica sólo constituirá un primer mecanismo o punto de partida para articular medidas sancionadoras “con miras a reforzar su efecto disuasorio” —como así dice en el considerando 14 y referido a la Directiva 93/13—, aunque sin posibilidad de garantizar la plena armonización. Y es así porque desde la Directiva 2019/2161 se propone que se mejoren las normas vigentes sobre sanciones de las Directivas 98/6, 2005/29 y 2011/83 y, al mismo tiempo, que se introduzcan nuevas normas sobre sanciones en la Directiva 93/13, dejando a los Estados miembros la facultad de elegir (i) el tipo de sanción que se deba imponer, y (ii) los procedimientos pertinentes para imponer sanciones en caso de infracción de las Directivas (considerando 6 de la Directiva 93/13). Aunque la norma muestra un propósito de implantación óptima en todos los Estados mediante criterios comunes (la naturaleza, la gravedad, la duración de la infracción y los medios de reparación facilitados por el comerciante a los consumidores por el daño o perjuicio causado, entre otros) para la aplicación de sanciones por infracciones dentro de la Unión de derechos de los consumidores garantizados por estas directivas, admite que los criterios no son exhaustivos y sí meramente indicativos.

Con todo, el propósito de armonizar y unificar las sanciones en defensa de los derechos del consumidor, estaba latente desde la coherencia que imprimió el Reglamento 2017/2394, sobre la cooperación de las autoridades nacionales

en la aplicación de la legislación de protección del consumidor³⁷ y que vino a hacer frente a los retos que plantea el mercado único digital (así dice en el primero de sus considerandos). Dicha norma parte de un hecho, la ineficacia de la legislación precedente en caso de infracciones transfronterizas y que posibilitaba a los comerciantes eludir la aplicación de la legislación de la Unión, incluso trasladando su actividad dentro de esta. De ahí que partiendo de la plena armonización del Reglamento 2017/2394, en concreto, de conformidad con el art. 21, la Directiva 2019/2161 señale en su considerando 10 que: “*Con el fin de garantizar que las autoridades de los Estados miembros puedan imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en relación con las infracciones generalizadas y las infracciones generalizadas con dimensión en la Unión que sean objeto de medidas de investigación y ejecución coordinadas de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/2394, deben introducirse las multas como un elemento de las sanciones por tales infracciones. Para garantizar que dichas multas tengan carácter disuasorio, los Estados miembros deben fijar en su Derecho nacional una multa máxima para tales infracciones de un nivel que represente al menos el 4 por cien del volumen de negocio anual del comerciante en el Estado miembro o Estados miembros en cuestión*”. Debiendo eso sí, cumplir con el Derecho europeo y el Derecho interno, incluidas las garantías procesales y los principios de la Carta. Ajustado a Derecho y tratándose de imposiciones proporcionadas, el efecto disuasorio será previsiblemente inmediato y pondrá en valor, por este otro medio, la relevancia de la aplicación de los derechos de los consumidores.

Por otro lado, y como hemos puesto de manifiesto, es evidente que el impacto de las nuevas tecnologías deja su impronta en el Derecho europeo, y lo hace creando nuevos marcos normativos que imponen nuevas obligaciones y responsabilidades (i) no sólo a los prestadores de servicios digitales intermediarios, y en particular para las plataformas en línea que operan a nivel europeo, (ii) sino que también fija un régimen más riguroso para las empresas designadas como “guardianes de acceso”. Estos nuevos marcos se presentan con la puesta en marcha del Reglamento de Mercados digitales (Digital Markets Act, o DMA por sus siglas en inglés)³⁸ aplicable a estas últimas, y el de Servicios Digitales (Digital Services Act, o DSA por sus siglas en inglés)³⁹ para

³⁷ Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.o 2006/2004, y que ha sido objeto de modificación en fecha 01/01/2022.

³⁸ El 12 de octubre de 2022 se ha publicado la denominada Ley de Mercados Digitales (DMA), también conocida como *Ley de Internet*. Este marco normativo incluye cuatro aspectos principales: (i) responsabilidad de los prestadores de servicios digitales. (ii) aumentar las obligaciones de transparencia y de diligencia debida, (iii) obligaciones específicas para los “prestadores de servicios de alojamiento” o plataformas en línea, y (iv) sistemas de control y posibles sanciones. Puede verse un breve resumen en el siguiente link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2349

³⁹ El 19 de octubre de 2022 se ha publicado la denominada Ley de Servicios Digitales (DSA), por la que se modifica la Directiva 200/31 relativa a determinados aspectos

las primeras. Una y otra “ley”, que se presentan bajo la forma de Reglamento, y por tanto directamente aplicables en todo el territorio europeo —tras su aprobación definitiva y entrada en vigor—, contienen normas de carácter sancionador con pretensión claramente disuasoria. Y así es cuando su objetivo es, en el caso de la DMA, crear un régimen normativo riguroso para las grandes plataformas que prestan servicios digitales (son ejemplos Google, Amazon, Facebook o Twitter), y en el caso de la DSA, crear un marco regulatorio para proteger derechos fundamentales de los usuarios en Internet, evitando contenidos ilícitos, propiciando transparencia e introduciendo canales de colaboración de los prestadores de servicios *on line* con las autoridades administrativas y judiciales. Una y otra norma posibilitarán un entorno más seguro y equitativo para empresas y usuarios en internet.

Así las cosas, no faltan los retos para estos comerciantes o empresarios “digitales” en sus relaciones con consumidores, a los que se les imponen obligaciones y se les exigen responsabilidades en caso de incumplimientos contractuales y extracontractuales. Junto a lo anterior, progresivamente, se añaden medidas de control, e incluso, como ocurre con la Directiva 2161/2019, se proponen medidas disuasorias al establecer sanciones efectivas y proporcionadas a modo de castigo por las infracciones dentro de la Unión. Por otro lado, no faltarán mecanismos alternativos de denuncia y de solución extrajudicial de controversias, así como un nuevo marco normativo sobre las acciones de representación. Toda una panoplia de medidas que aseguran la reordenación de la materia de consumidores en el ámbito contractual, en el digital, y en el que no lo es.

Como hemos adelantado, de la pretendida función disuasoria, da cumplida muestra la Directiva 2019/2161. Con paso firme hacia la armonización plena en el contexto expansivo de la contratación digital, pero aún de manera cauta, esta, a través de nueve artículos y siendo cuatro las normas europeas afectadas, pretende garantizar el cumplimiento de los derechos de los consumidores en la UE de manera uniforme en todos los países miembros a través de una norma ambiciosa que se aplicará también a los *ecommerce*, *plataformas* y *marketplaces*. Se trata de una breve Directiva Ómnibus que, con clara función disuasoria, definirá un marco normativo sancionador a aplicar a los

tos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). En la DSA, son objetivos principales tanto mejorar la protección de los consumidores y de sus derechos fundamentales en línea, establecer un entorno *online* más seguro y equitativo, dotar a los servicios *on line* de transparencia y promover medios para hacer frente a los contenidos ilícitos. Para adaptarse la empresa a los nuevos condicionantes normativos, se clasificará el tipo de servicio que se presta y el número de usuarios, a sabiendas de que de no cumplirse con los requisitos exigidos por la normativa europea, habrá enfrentarse a sanciones que pueden alcanzar hasta un 6 por cien de su facturación anual mundial. Puede verse un breve resumen en el siguiente link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6906

que oferten productos o servicios digitales y para garantizar el cumplimiento de los derechos de los consumidores en relación con la contratación digital.

Por otro lado, no podemos pasar por alto que la responsabilidad civil frente a los usuarios o consumidores por los daños causados en el contexto contractual o extracontractual, cumple, junto a la función resarcitoria o reparadora frente al perjudicado, otra función que aunque no principal, no es menos relevante en cuanto contribuye a la disuasión de incumplir, o bien el contrato, o el genérico deber de no causar daños y perjuicios a terceros. Pues bien, esta, la responsabilidad civil, queda fuera de la regulación de la Directiva 2019/2161, aunque en el texto se admite que el consumidor debe tener acceso a una indemnización cuando medien daños y perjuicios. Así pues, la función reparadora no forma parte de la Directiva que ahora nos ocupa, limitándose esta a contemplar una función disuasoria vía previsión de un régimen de sanciones aplicables a las infracciones previstas en las normativas internas adoptadas al amparo de dicha Directiva.

Con esta panoplia y las amplias posibilidades de normas que se albergan desde el Derecho europeo, con medidas múltiples para mejorar el nivel de conocimiento sobre los derechos de los consumidores, y de armonización normativa, la Directiva que nos ocupa —teniendo en cuenta el desarrollo de las herramientas digitales—, promueve dos medidas principales: (i) un marco sancionador uniforme, con sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” —dice el considerando 3 de la Directiva—, por las infracciones del Derecho europeo, y que desde las normas nacionales se deben regular y proteger derechos de los consumidores, y (ii) una mejora del nivel de conocimiento sobre los derechos de estos sujetos, que requieren de información específica para los mercados en línea y que tienen el derecho a tener una información más completa y exhaustiva para verificar la fiabilidad de la persona que publica dichas reseñas. Aunque no será esta la única, sí será el punto de inflexión en fijar un régimen general sobre tutela disuasoria y en potenciar la información precontractual al máximo.

Con todo, no es ocioso recordar que las actuaciones llevadas a cabo desde la UE tampoco abandonan el impulso de normativas que propicien expandir la responsabilidad civil a las nuevas tecnologías o a los novedosos modelos de negocio que van irrumpiendo en el mercado. Así empieza a propiciarse la reforma respecto de alguna normativa especial de larga tradición, como ocurre con la Directiva 85/374 —iniciada ya su adaptación⁴⁰ a instancia de la Comisión Europea con ocasión de la puesta en marcha del Proyecto de

⁴⁰ Aunque en un primer momento se impulsó la adaptación de la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos para incluir “productos” con inteligencia artificial, finalmente la Comisión Europea presentó dos propuestas legislativas que introducen nuevas normas para adaptarse a la era digital, la economía circular y el impacto de las cadenas de valor mundiales, también a la inteligencia artificial. Así, se proponen dos textos diferentes para facilitar las reclamaciones de daños en contextos diferenciados: (i) propuesta de revisión de la Directiva

Reglamento sobre inteligencia artificial—. En este caso, el legislador europeo pretende adoptar medidas que doten a los consumidores y empresarios de mayor seguridad jurídica y claridad de las normas que protegen los derechos de los consumidores y generan confianza en los mercados. Al fin y a la postre se trata de posibilitar los avances y la innovación sin lesionar derechos de las personas. De ahí que las nuevas tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial, precisen de su consideración como “producto” (veremos cómo termina esta apreciación) al servicio de las personas, que irrumpen en el mercado con riesgos hasta ahora impensables, y requieren de un tratamiento normativo al objeto de fijar cuáles son las obligaciones y responsabilidades de los sujetos intervinientes en el proceso de elaboración, adaptación, modificación o incluso control, y cuáles los derechos de los usuarios finales, bien entendido estos como los que se sirven del producto con elementos de IA.

4.2. Los grandes ejes de la Directiva 2161/2019. Sanciones y el derecho de información

No es ocioso reiterar que la Directiva 2161/2019, de mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores introduce modificaciones en diversas Directivas con el objetivo de mejorar la protección y adaptar la normativa de consumo al desarrollo tecnológico. Identifica así una serie de normas que precisan adaptarse a las nuevas contrataciones digitales y dotar a estas de mayor seguridad jurídica y coherencia armonizadora en la protección de los consumidores. Establece un nuevo marco jurídico en el que destacan dos ejes: (i) un marco sancionador por las infracciones de las normas que protegen los derechos del consumidor; y (ii) medidas dirigidas a reforzar el derecho de información hacia el consumidor, a través de nuevos deberes de transparencia para el prestador de bienes o proveedor de servicios. Sigue quedando fuera de la regulación por la UE la aprobación de un régimen general sobre la celebración, validez e ineficacia de los contratos, que armonice la diversidad legislativa que existe en el marco del Derecho de contratos, y que avanza en el concreto Derecho de consumo.

Ahora bien, aunque las Directivas afectadas no serán modificadas de manera igualitaria en todos los Estados, para todas ellas latan las mismas pretensiones a las que ya nos hemos referido (impulsar un mecanismo sancionador de carácter administrativo e incidir o incorporar el derecho de información de manera clara y precisa), lo que ya es algo más que una declaración de intenciones.

Muy brevemente señalemos respecto de cada una de ellas, los grandes cambios que se incorporan a cada marco regulatorio. Siguiendo el mismo orden numérico del texto, en los cuatro primeros artículos se fija en qué consis-

85/374 para adaptarla a lo antedicho; (ii) propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial, esta, basada en la culpa.

ten las novedades que proporcionan un nuevo marco jurídico para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores:

1.1. En el art. 1 de la Directiva 2019/2161, se modifica la Directiva 93/133, de 5 de abril⁴¹, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en el siguiente sentido: (i y único) se inserta en la Directiva un art. 8 ter con previsiones meramente sancionadoras y con medidas para garantizar su ejecución “*con miras a reforzar su efecto disuasorio*” (considerando 14). Y aunque se prevé que las sanciones sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, deja a los Estados miembros plena libertad para decidir el procedimiento administrativo y/o judicial para la aplicación de sanciones cuando se contravenga la Directiva 93/13. Admitiendo así que junto a un sistema de reparación de daños, coexista un sistema sancionador que cumpla la función disuasoria prevista en el art. 7 de la mencionada Directiva. Y si bien es verdad que esta norma, en su apartado 1º determina que sean los Estados los que velen porque existan medios adecuados y eficaces, la Directiva 2019/2161, proporciona a los Estados miembros criterios y mecanismos para que impulsen tales medidas.

1.2. Tengamos en cuenta que el objetivo de la Directiva 98/6 de 16 de febrero⁴², relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores básicamente obliga a indicar de forma clara el precio de venta y el precio por unidad de medida para todos los productos ofrecidos por los comerciantes a los consumidores, con objeto de mejorar la información de estos últimos y de facilitar la comparación de los precios. Pues bien, en el art. 2 de la Directiva 2019/2161, respecto a la Directiva 98/6, se introducen, principalmente, medidas de transparencia sobre las reducciones de precio (debe indicar con claridad el “precio anterior” aplicado por el comerciante) y se propone un régimen de sanciones “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, para las infracciones de las normas nacionales sobre indicación de los precios. Esta medida disuasoria se ha complementado con una lista de criterios para la aplicación de sanciones —al igual que en el resto de Directivas a las que afecta la Directiva 2019/2161—, con criterios, eso sí, no exhaustivos y meramente indicativos.

1.3. En el art. 3 de la Directiva 2019/2161, y para la Directiva 2005/29, de 11 de mayo⁴³, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, prohibidas en la UE, se establecen entre otras mejoras las siguientes: (i) se amplía el concepto de “producto” para incorporar servicios y contenidos digitales, y se incorpora el de clasificación o “mercado en línea” como servicio que emplea programas (“software”)

⁴¹ Síntesis: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:l32017>

⁴² Síntesis: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/LSU/?uri=CELEX:31998L0006#:~:text=La%20Directiva%2098%2F6%2FCE,la%20comparaci%C3%B3n%20de%20los%20precios.>

⁴³ Síntesis: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=celex:32005L0029>

(ii) se modifica el anexo I a fin de incorporar nuevas prácticas desleales, en concreto, se incorporan otras cinco prácticas “engañosas”⁴⁴ (iii) en cuanto a garantizar la transparencia en los mercados en línea, se determina que deben introducirse unos requisitos similares a los fijados en el Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea⁴⁵, pero ahora para garantizar una transparencia adecuada hacia los consumidores que no estaba en el Reglamento 2019/1150, (iv) se plantea que a la vigente obligación de los comerciantes a proporcionar un contenido mínimo de información en la fase de publicidad (por ejemplo, un anuncio en línea en un sitio web de medios de comunicación), según el art. 7.4 de la Directiva 2005/29, se haga extensible a la fase precontractual (por ejemplo, en las páginas de sus tiendas en línea). Esta última ya se contemplaba en la Directiva 2011/83; (v) se fija que los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tendrán acceso a medidas correctoras individuales, proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato. Dejando a los Estados la fijación de estas medidas y los requisitos para exigirlos; (vi) también los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones, y este responderá a la pretensión de que sean “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”. Si bien deberán garantizar que se puedan imponer sanciones (multas) a través de procedimientos administrativos o judiciales y que su importe máximo represente, al menos, el 4 por cien del volumen de negocio anual del comerciante infractor en el Estado miembro en cuestión (cuando no se disponga de esta información, dicho importe máximo deberá equivaler, al menos, a dos millones de euros).

⁴⁴ a) se inserta el punto siguiente: «11 bis) Facilitar resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los productos obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsquedas.»; b) se insertan los puntos siguientes: «23 bis) Revender entradas de espectáculos a los consumidores si el comerciante las adquirió empleando medios automatizados para sortear cualquier límite impuesto al número de entradas que puede adquirir cada persona o cualquier otra norma aplicable a la compra de entradas. 23 ter) Afirmar que las reseñas de un producto son añadidas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente el producto, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan a tales consumidores. 23 quater) Añadir o encargar a otra persona física o jurídica que añada reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionar reseñas de consumidores o aprobaciones sociales con el fin de promocionar productos.».

⁴⁵ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea (DO L 186 de 11.7.2019). En este, como se indica en el considerando 21 del Reglamento 2019/2161, los requisitos de transparencia abarcan un amplio abanico de intermediarios en línea, incluidos los mercados en línea, pero solo se aplican entre comerciantes e intermediarios en línea, quedando fuera los consumidores.

1.4. En el art. 4 de la Directiva 2019/2161, y para la Directiva 2011/83, de 25 de octubre⁴⁶, sobre derechos de los consumidores se fijan: (i) los requisitos de información específicos para los mercados en línea, además de incluirse en la Directiva 2005/29, deben también incorporarse a esta Directiva 2011/83 “para informar a los consumidores que utilicen los mercados en línea sobre los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas, y si celebran un contrato con un comerciante o un no comerciante, como por ejemplo, otro consumidor” (considerando 26 de la Directiva 2019/2161), (ii) las definiciones de “contenido digital” y “servicios digitales” de la Directiva 2011/83 que deben armonizarse con las de la Directiva 2019/770, sobre contenido y servicios digitales, y garantizar la coherencia normativa teniendo en cuenta que, por regla general en estos últimos contratos, el consumidor se compromete a proporcionar datos personales al comerciante, (iii) se matiza el consolidado derecho de desistimiento para adaptarlo a la contratación digital a partir del concepto de “suministro continuo de contenidos digitales” y su distinción de los servicios digitales, (iv) para los contratos celebrados fuera del establecimiento y a distancia respectivamente, se prevé que se obtenga el consentimiento expreso previo del consumidor para iniciar la ejecución antes de que expire el plazo del derecho de desistimiento; (v) además de facilitar la información precontractual sobre el derecho de desistimiento fijado en la Directiva 2011/83, se facilitará el formulario siempre que sea posible, (vi) se modifica la norma precedente para permitir a los Estados miembros adoptar medidas nacionales para establecer un plazo más largo del derecho de desistimiento y apartarse de excepciones específicas de tal derecho.

De este modo se incorpora un nuevo régimen de sanciones que se introduce para todas y cada una de las Directiva aludidas y que cierra un completo sistema de normativización que alcanza a las multas. Y aun cuando la libertad dispensada a los Estados miembros nos pudiera parecer un brindis al sol, la mejora de la aplicación y la modernización de la legislación en materia de consumidores, sigue su curso. Al fin y a la postre, la nueva Directiva 2019/2161 busca garantizar que los Estados miembros establezcan un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. A estos efectos, establece una serie de criterios no exhaustivos e indicativos para facilitar la aplicación de las sanciones. Se persigue así una aplicación coherente de sanciones en el ámbito de la UE, sin perjuicio de los principios que rigen en esta materia como el de *non bis in idem*.

Y si ya dijimos que quedan fuera de la regulación por la UE la aprobación de un régimen general sobre la celebración, validez e ineficacia de los contratos, que armonice la diversidad legislativa que existe en el marco del Derecho de contratos, también reiteramos que el Derecho de consumo avanza a paso firme, aunque en ocasiones solo lo haga a través de Directivas —como la que ahora nos ocupa—, que marcan como objetivos la mejora de la aplicación y modernización de la normativa en la protección de consumidores. Aún así,

⁴⁶ Síntesis: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:0904_4

no relativicemos el valor de la misma, principalmente si tenemos en cuenta que, los objetivos de la Directiva 2019/2161, como señala en el último de sus considerandos (60) “no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido al carácter del problema, que atañe a toda la Unión, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”⁴⁷. Reiteramos, quedan al margen de esta Directiva, eso sí, las normas civiles respecto a las responsabilidades contractuales y extracontractuales que puedan derivarse en cada caso.

⁴⁷ El art. 5, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE) fija que “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Y consagra en los apartados 3 y 4 de dicho artículo la aplicación de dichos principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Estos principios regulan el ejercicio de las competencias de la UE. Por lo que se refiere al principio de subsidiariedad, consagrado formalmente en el Tratado (1992): “tiene como función general garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, en particular un poder local respecto de un poder central. Se refiere, por consiguiente, al reparto de las competencias entre los diferentes niveles de poder, principio que constituye la base institucional de los Estados federales. Aplicado en el marco de la Unión, el principio de subsidiariedad sirve para regular el ejercicio de las competencias no exclusivas de la Unión. Excluye la intervención de la Unión en aquellos casos en que los Estados miembros puedan abordar un asunto de forma eficaz a escala central, regional o local. Solo se justifica el ejercicio de las competencias de la Unión en aquellos casos en que los Estados miembros no puedan alcanzar de manera satisfactoria los objetivos de una acción propuesta y cuando se pueda aportar un valor añadido si la acción se lleva a cabo a escala de la Unión. De conformidad con el art. 5, apartado 3, del TUE, deben cumplirse tres condiciones para la actuación de las instituciones de la Unión conforme al principio de subsidiariedad: a) no debe tratarse de un ámbito que sea de competencia exclusiva de la Unión (competencia no exclusiva); b) los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (necesidad); c) la acción, debido a su dimensión o efectos, puede realizarse con más éxito a escala de la Unión (valor añadido)”. Acompasado con el anterior, el principio de proporcionalidad supone que “el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”, es decir, deben guardar proporción con la finalidad que se persigue. Por lo que uno y otro, conjuntamente, regula el ejercicio de las competencias de la Unión Europea. Además, tienen un valor esencial en la armonización de Derecho privado europeo en su conjunto, y muy especialmente en el plano de la protección de los derechos de los consumidores, donde los propósitos crecientes de la UE con base en los Tratados, los principios que rigen en la adopción de medidas legales y la exigencia del TJUE en la interpretación y aplicación del acervo comunitario en su conjunto, nos proporcionan unos parámetros que posibilitan un marco jurídico europeo eficiente, en constante expansión y armonización.

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/7/el-principio-de-subsidiariedad>

5. ¿Y LOS MECANISMOS DE TUTELA RESARCITORIA?

Bien es verdad que algunos de estos remedios de tutela como la responsabilidad civil por daños a los consumidores, quedan fuera de la regulación de cualquiera de estas iniciativas legislativas, como así ocurre con la Directiva 2019/2161, aunque hemos de advertir que tanto en este texto como en otros impulsados desde la UE, se admite que el consumidor debe tener acceso a una indemnización cuando medien daños y perjuicios causados por el productor de bienes, el prestador de servicios o el suministrador de contenidos. Así pues, la función reparadora no forma parte de la mayoría de actuaciones normativas emprendidas hasta ahora por el legislador europeo, limitándose la Unión a contemplar una función disuasoria vía previsión de un régimen de sanciones aplicables a las infracciones previstas en las normativas adoptadas al amparo de recientes normas europeas.

Más allá de: (i) admitir que queda a salvo el derecho de los perjudicados a reclamar daños a tenor de lo que contemplen sus Derechos internos; y (ii) de contemplar la compatibilidad de la acción de responsabilidad con los mecanismos sancionadores en los que especialmente se incide en determinados marcos regulados⁴⁸, se observa también un cambio de rumbo en esta materia. Recientemente, ha surgido una creciente necesidad de impulsar normativas armonizadas que propicien expandir la responsabilidad civil a las nuevas tecnologías o a los novedosos modelos de negocio que van irrumpiendo en el mercado.

En realidad, será tras el creciente desarrollo de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, que empieza a propiciarse la reforma respecto de alguna normativa especial de larga tradición, como ocurre con la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos —iniciada ya su adaptación a instancia de la Comisión Europea con ocasión de la puesta en marcha del Reglamento sobre inteligencia artificial—⁴⁹. De nuevo, el legislador europeo pretende adoptar medidas que doten a los consumidores y empresarios de mayor seguridad jurídica y eficiencia de las normas que protegen los derechos de los consumidores y generan confianza en los mercados, garantizando con ellas mecanismos resarcitorios. Al fin y a la postre se trata de posibilitar los avances y la innovación sin lesionar derechos de las personas, con políticas legislativas fiables y seguras.

⁴⁸ Por citar algunos ejemplos: el art. 82 del RGPD contempla expresamente esta compatibilidad de la sanción con la exigencia de responsabilidad civil, o el art. 54 de la denominada *Ley de Servicios Digitales* que admite el derecho del destinatario del servicio a exigir la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios —aunque más bien forma parte de un régimen general de exención—.

⁴⁹ Sobre este proceso inicial Carmen Muñoz García, “Adaptar o reformular la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la Inteligencia Artificial”. *Diario La Ley. Ciberderecho*, marzo de 2022

De ahí que las nuevas tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial, aun cuando irrumpen en el mercado en contextos de múltiples riesgos, precisan de un tratamiento normativo adecuado al objeto de fijar cuáles son las obligaciones y responsabilidades de los sujetos intervinientes en el proceso de elaboración, adaptación, modificación o incluso control. También será preciso reformular cuáles son los derechos de los usuarios finales —bien entendido estos como los que se sirven del producto con elementos de IA o de sistemas de IA—, y cuál es el criterio de atribución de la responsabilidad que se acoge para reparar los daños y perjuicios que se causen a los particulares. Finalmente, las recientes propuestas impulsadas por la Comisión Europea (septiembre de 2022), pretenden diversificar esta materia en dos Directivas diferentes, una sobre responsabilidad por productos defectuosos, adaptada a las transiciones ecológica y digital y a las cadenas de valor, la otra, sobre responsabilidad civil en materia de IA.

Con todo, se opte finalmente por un sistema subjetivista —basado en la culpa—, u objetivista —en el riesgo—, podemos afirmar que el legislador europeo ha propiciado una armonización adecuada en aquellos aspectos que regula, estableciendo sistemas de protección cada vez más articulados para ofrecer una tutela exhaustiva a un consumidor cada vez más inmerso en contextos digitales. Ahora, habrá que ir completando, fortaleciendo, y adaptando ese engranaje normativo a los muchos cambios y retos que se nos presentan.

CONCLUSIONES

En los últimos años, son muchas las iniciativas y actuaciones legislativas emprendidas por la UE para la defensa de los consumidores en el mercado europeo digital. Todas ellas, de una manera u otra, se han hecho eco de que es necesario mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes, servicios y contenidos digitales en Europa a un entorno seguro y confiable. De ahí que, a tal efecto, desde la Unión se hayan gestado agendas y estrategias que afronten los nuevos retos legislativos que surgen en contextos *on line* y en tecnologías disruptivas. Se trata de consolidar derechos de los consumidores y usuarios ante nuevas realidades, con reformulaciones normativas singulares para adaptar las normas a las nuevas modalidades de operar en red, de adquirir competencias digitales óptimas y con un avanzado sistema de derechos de los usuarios y protección de los consumidores, más garantista, que repercuta en beneficio de las empresas y de la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, a modo de conclusiones finales cabe exponer que, el reto del legislador europeo no se agota en dotar de derechos a los consumidores y usuarios, ni basta con revalidarlos y actualizarlos a las nuevas realidades digitales o a las nuevas contrataciones con datos, tampoco es suficiente crear marcos normativos que doten de soporte legal a las nuevas formas de operar a través de plataformas digitales, ni lo es dotar de infraestructura normativa al uso de sistemas de inteligencia artificial —con perfiles disruptivos propios

pero en los que el usuario final opera tras la adhesión a chatGPT u otros modelos inteligentes más o menos sofisticados—. Es preciso garantizar un entorno seguro y fiable, más allá de contemplar derechos. Y aunque la UE consigue consolidar derechos de los consumidores y reformular categorías para adaptarlas a las nuevas realidades digitales (las Directivas 2019/770 y 2019/771, son un claro ejemplo), la mejora de la posición del consumidor solo es posible gracias a que, el legislador europeo contempla medidas más allá de exigir al empresario que infringe el Derecho de la Unión a soportar las consecuencias legales previstas (cumplir o reparar, sustituir o reducir precio, o incluso, soportar la resolución del contrato con todos los efectos inherentes a la misma).

Recientemente, además de crear las condiciones adecuadas para operar en contextos *on line* y *off line*, con marcos normativos seguros y fiables, garantistas, existe una creciente necesidad del legislador de ofrecer medidas disuasorias que eviten los incumplimientos por el empresario y que maximicen la eficiencia de los derechos de los consumidores. Así ocurre con la previsión normativa de la Directiva 2019/216, en la que además de fijar medidas de control y configurar cuáles son las infracciones del Derecho europeo de consumidores —respecto a las cuatro Directivas que modifica—, propone medidas que operan como *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias*. Así lo hemos visto a lo largo de este estudio, donde tras exponer derechos consolidados que han sido actualizados y reformulados por el legislador europeo, se impulsan medidas que trascienden del ámbito del Derecho privado mediante la configuración de infracciones y de su consiguiente régimen sancionador propio. Medida óptima que ya se adoptó en el Reglamento General de Protección de Datos, y que a través de las autoridades de control competentes creadas conforme a la norma europea ha propiciado la imposición de múltiples sanciones a lo largo de estos pocos años de vigencia. La medida ha dado muestras de ser más que eficiente, y la tendencia es ampliar los mecanismos preventivos, tanto de control, como sancionadores.

Junto a lo anterior, progresivamente, cobra especial importancia para reforzar el cumplimiento de las normas europeas de protección de los consumidores, en un contexto de riesgo creciente, la exigencia de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) por los daños causados. Esta posibilita la reparación de los daños y perjuicios causados por incumplimiento de deberes legales, contractuales, o del genérico deber de *neminem laedere*. Se trata una vez más de prever mecanismos diversos que refuercen los derechos de los consumidores y que determinen que el marco regulatorio existente alcance su máxima eficiencia.

Dejando al margen cuestiones y tutelas contenidas en leyes especiales (como en crédito al consumo, contratos fuera de establecimiento mercantil, viajes combinados o e-commerce) y pretensiones individuales y acciones colectivas (ahora denominadas acciones de representación), era oportuno centrarse en aspectos claves de la legislación europea en la configuración y el refuerzo de los derechos de los consumidores, en las garantías, y en los me-

canismos disuasorio y resarcitorio. Y aunque soy consciente de que muchos aspectos y normativas quedan al margen de este análisis, no es menos cierto que, en conjunto, nos permite comprender la compleja regulación de la materia y como la UE configura derechos, mecanismos de prevención y sanción, también de reparación que permiten afirmar que el legislador apuntala una firme armonización del Derecho en el mercado único digital.

Así, el legislador europeo crea el marco armonizado adecuado, de protección del consumidor: (i) a través del impulso de derechos consolidados (precontractuales de información y transparencia, garantía jurídica de conformidad, garantías postventa, el derecho de desistimiento y la tutela frente a las cláusulas abusivas); (ii) vía mecanismos de tutela resarcitoria propia del Derecho privado (con la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por producto defectuoso como referente, y con vocación expansiva a determinada prestación de servicios –así se desprende de algunas SSTJUE, y al contexto de la inteligencia artificial); y (iii) a través de vías propias del Derecho público (multas o sanciones). La nuevas realidades, la pretensión armonizadora del Derecho de la Unión, y el afán de tutelar al consumidor desde la información precontractual hasta la responsabilidad última frente al perjudicado, pasando por las amplias garantías que se ofrecen en vida del contrato y las sanciones de carácter público, son clara muestra de que los objetivos del mercado único europeo (seguro, garante, de fomento de la actividad y la innovación) ya sea digital o no, va por el camino adecuado.

Con todo, no podemos dejar de admitir varios aspectos relevantes, que exigen:

1. La necesaria supervisión y mejora de las medidas por el legislador a la que se suma la función de interpretación y control por parte del TJUE.
2. La necesaria adaptación a todos los cambios que se producen en el ámbito de las nuevas tecnologías para dar respuesta a los nuevos modelos de negocio.
3. El necesario compromiso de autoridades e instituciones públicas de formar en el Derecho de consumo. Sólo así, se generará confianza en los mercados.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, Jesús, *¿Y ahora qué?, Indret*, Barcelona, enero, 2017.
- “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *Almacén de Derecho*, 21 diciembre 2016 <http://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo/>
- Álvarez Moreno, M. Teresa, *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general: normas imperativas y pactos al respecto*, Reus, 2015.
- Arroyo Amayuelas, Esther y Cámara Lapuente, Sergio (directores) *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, 2020.

- Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo (coord.): *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)*, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., Aranzadi, 2015.
- Cámara Lapuente, Sergio, *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi, 2006.
- (2013) “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO*, 2013, en cuanto a los matices respecto a las cláusulas sobre los elementos esenciales. http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2013_Camara_STS_9_5_2013_abusivas_suelo.pdf
 - (2020a) “La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?”, *Almacén de Derecho*, 10 de julio de (2020b) <https://almacenderecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>
 - (2020c) “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, dirigido por Esther Arroyo Amayuelas, Esther y Sergio Cámara Lapuente, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, pp. 141-174.
- Gómez Calle, Esther, (2002) *Los deberes precontractuales de información*, La Ley.
- (2019). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Aranzadi.
- Hernández Díaz-Ambrona, M. Dolores, (2015) *Consumidor vulnerable*, Reus, 2015.
- (2022) “El nuevo concepto de consumidor digital”, en *Retos normativos del mercado único digital europeo* (dirigido por Martínez Velencoso, L.), TIRANT LO BLANCH, pp. 159-186.
 - (2022) *Derecho civil de la Unión Europea*, 3ª edición, TIRANT LO BLANCH.
- Llorente Sansegundo, Inmaculada, “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, vol. 5, núm. 2, p. 371-397.
- Marín López, Manuel Jesús, “La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores”, *Revista CESCO*, junio 2019, http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_Directiva_sobre_contratos_de_compraventa_de_bienes_con_consumidores.pdf
- (2022) “La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los acuerdos novatorios sobre cláusula suelo”, en *Cuadernos de Derecho Privado*, 3, pp. 85-155. <https://cdp.editorialbercal.es/index.php/cuadernos/article/view/26/20>
- Martínez Espín, Pascual, *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Aranzadi, 2020.
- Martínez Velencoso, Luz M., “Los retos jurídicos de la economía de los datos”, en *Protección jurídica de la privacidad. Inteligencia artificial, Salud y Contratación*, dirigido por Luz Martínez Velencoso. Aranzadi Thomson Reuters, 2022.
- Muñoz García, Carmen, “Cláusula abusiva nula y su “no vinculación”. Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016”, *La Ley*, núm. 8903, 18 de enero de 2017
- (2018a) “Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos”, *RDBB*, núm. 152 (pp. 165-200).
 - (2018b). “¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, dirigidos por Yzquierdo Tolsada, Mariano, vol. 10º (pp. 73-88). Ed impresa por Dykinson. Ed. on line en www.boe.es.

- (2020a). “Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios”, *RCDI*, núm. 778, marzo-abril 2020.
 - (2020b). “La renuncia a la acción de nulidad. Eficacia de la transacción frente a posibles cláusulas abusivas”, *RCDI*, núm. 779, mayo-junio 2020.
 - (2020c). “Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor”, presentado en noviembre de 2019 a concurso en premio Secciones del ICAM, premiado en la Sección Derecho Bancario 10 de marzo de 2020, publicado en *Anuario Jurídico Secciones del ICAM* (pp. 93-104)
 - (2020d) «Responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares por incumplimiento judicial del Derecho europeo. Una tutela indirecta del consumidor frente a las cláusulas abusivas». *Dykinson*.
 - (2022a) «Adaptar o reformular la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la Inteligencia Artificial». *Diario La Ley. Ciberderecho*, marzo de 2022
 - (2022b) “Contratos con contenidos y servicios digitales. Cesión de datos y “resolución cualificada””, *Protección jurídica de la privacidad. Inteligencia artificial, Salud y Contratación* dirigido por Martínez Velencoso. Aranzadi Thomson Reuters, pp.151-183.
 - (2022c) “Normas sancionadoras para proteger al consumidor en el mercado digital. Al margen de medidas correctoras individuales”, en *Retos normativos del mercado único digital europeo*, dirigido por Luz M. Martínez Velencoso y Javier Plaza Penedés. Tirant lo Blanch, 2022, pp.365-396.
- Valero Fernández-Reyes, Ángel, “Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad”, Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dirigido por YZQUIERDO TOLSADA), Vol. VI (2013-2014). *Dykinson* (ed. impresa), 2016. BOE (ed. on line). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9
- Yzquierdo Tolsada, Mariano y Muñoz García, Carmen, “Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero que no quiere parecerlo”. Comentario a la STJUE 21 diciembre 2016, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año 33, N° 146 (abril-junio), 2017.

