

Perú, en los que se ha desatado una violencia destructora y asesina (70), los medios de comunicación han puesto en evidencia que se trata de una acción organizada, en la que actúan terroristas, formalmente rehabilitados. La democracia se fortalece en estos casos al actuar con determinación y prontitud, como con la “camarada Cusi”, que se encuentra con detención preliminar, antigua integrante de Sendero Luminoso que ha intervenido en acciones subversivas en Ayacucho (71); por la condena a dos abogados, por apología del terrorismo (72) y por la acusación fiscal, por este delito, a otra persona formalmente rehabilitada (73), la sociedad expulsa del diario convivir a quienes objetivamente no respetan los valores democráticos.

En segundo lugar, al empezar este artículo, pusimos de relieve cómo la ideología marxista-leninista, sea en su versión maoísta o mariateguista, tiene como objetivo la destrucción del Estado de Derecho, con el fin de instaurar una nueva clase social, “disciplinada”, donde el “pueblo armado” impone sus ideas al resto de la población. Por esa razón no fue admitido como un programa válido de acción para la inscripción como partido político del MOVADEF. El Jurado Nacional de Elecciones en el año 2012 adujo que no cumplía “con los requisitos que se exige en la Ley de Partidos Políticos, además por atentar contra los principios del orden democrático” (74).

(70) Entre otros hechos: “Premier Otárola confirma que policía fue quemado vivo por turba de manifestantes en Juliaca”, en Caretas, 10 de enero de 2023, ubicable en <https://caretas.pe/politica/premier-otatola-confirma-que-policia-fue-quemado-vivo-por-turba-de-manifestantes-en-juliaca/>.

(71) “Poder Judicial ratifica detención preliminar por 15 días para la ‘Camarada Cusi’”. Rocío Leandro Melgar habría formado parte de la organización terrorista Sendero Luminoso y fue detenida e internada en un penal por participar en atentados, según Mininter. Ubicable en <https://www.infobae.com/peru/2023/01/25/poder-judicial-ratifica-detencion-preliminar-por-15-dias-para-la-camarada-cusi/>

(72) “Corte Superior Nacional de Justicia Penal Es-

Para que pueda ser candidato a la República una persona que defiende la ideología marxista-leninista deber ser presentado por un partido que comparta ese programa de acción social. El primer filtro es el Jurado Nacional de Elecciones, que en el año 2016 (75) concedió la inscripción a un partido que en su ideario y programa se define como marxista, leninista o mariateguista (76). La pregunta final es ¿han cambiado los valores constitucionales desde los años 2012 al 2016 o han cambiado los postulados del pensamiento marxista-leninista- mariateguista? La respuesta a esta pregunta es indispensable para consolidar nuestro futuro como un país democrático: los ciudadanos no podemos vivir de espaldas a estas cuestiones, los medios de comunicación tienen el deber de informar con veracidad sobre lo que aporte luces al respecto y la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía de la Nación actuar en consecuencia con sus responsabilidades constitucionales.

III. Referencias bibliográficas

DEUTSCHER, Isaac, “El maoísmo: orígenes y perspectivas”, *The Social Reister y Les Temps Moderns* (1964), en Marxists Internet Archive, enero de 2012, ubicable en <https://www.marxists.org/espanol/deutscher/1964/maoismo.htm>.

pecializada dicta ocho años de cárcel para dos procesados por apología a terrorismo en redes sociales”. Se trata de los abogados en ejercicio Julián Cuba Jurado y Richard Alex Cornejo Callas, 23 enero 2023, ubicable en <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/693735-corte-nacional-dicta-ocho-anos-de-carcel-para-dos-procesados-por-apologia-a-terrorismo-en-redes-sociales>.

(73) “El procurador antiterrorismo pide al Ministerio Público que investigue al exreo [Autauro Humala] por haber justificado la existencia de Sendero Luminoso en un video difundido por TikTok” en *El Comercio*, 26 enero 2013, ubicable en <https://elcomercio.pe/politica/justicia/antauro-humala-es-denunciado-penalmente-por-el-delito-de-terrorismo-por-su-frase-so>

DÍAZ, Fernanda Daniela, “El Perú y sus múltiples Sendero Luminoso”. *Relaciones Internacionales* 24, no. 49 (2015).

GUTIÉRREZ FEROS, Mirka - HECHAVARRÍA LESCAILLE, María Julia - MENÉNDEZ RODRÍGUEZ, Luisa, “El pensamiento teórico de Antonio Gramsci y la nueva sociedad” (2006): 11. *Published electronically* 28 abril.

Humanos, Comisión Interamericana de Derechos. “Informe sobre Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II. (2011). Publicado electrónicamente el 31 de diciembre de 2011. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>.

LI KWONG, Mei, “El genocidio de los quechuas en el Perú entre 1980 y 1992”. *UWL Journal of Undergraduates Research*, no. IX (2006): 1.

MARIÁTEGUI, José Carlos, “El problema primario del Perú”. En *Peruanicemos al Perú* Lima: Biblioteca Amauta, 1925. https://www.marxists.org/espanol/mariateg/oc/peruanicemos_al_peru/paginas/primario.htm.

OCÁRIZ, Fernando, “El Estado y la revolución. J. Lenin”. *Persona y Derecho*, no. 3 (1976): 525-50.

bre-sendero-luminoso-noticia/.

(74) Nota de prensa del JNE de fecha 1º febrero 2012. Ubicable en <https://portal.jne.gob.pe/portal/Pagina/Nota/2058>.

(75) JNE, Dirección Nacional de Registro de Organizaciones Políticas, Resolución 011-2016- DNROP/JNE del 15 enero 2016, ubicable en <http://perulibre.pe/wp-content/uploads/2020/03/RESOLUCION-DE-INSCRIPCION-DE-PERU-LIBRE-JNE.pdf>.

(76) “(...) organización de izquierda socialista que reafirma su corriente ideológica, política y programática. Para ser de izquierda se necesita abrazar la teoría marxista y bajo su luz interpretar todos los fenómenos que ocurren en la sociedad mundial, continental y nacional, sus causas y efectos, y a partir de ese diagnós-

- “La concepción marxista de la sociedad” (1977). Publicado electrónicamente el 29 de julio. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/35027/1/ST_IX-3_08.pdf

REYNA, Carlos - TOCHE, Eduardo, “La inseguridad ciudadana en el Perú”. LC/L. 1176, no. Serie Políticas Sociales (1999). Publicado electrónicamente 1999. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6261/S9900087_es.pdf.

SANTILLÁN O’SHEA, Patricia, “Sendero Luminoso. Revolución histórica y relevancia actual”. *Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, no. 6 (2023 2017): 269-85.

Subdirección de Participación. Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas. “Estado de cosas inconstitucional (Eci)- Sentencia T-025”. Cali: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2015. <https://repositorio.iom.int/bitstream/handle/20.500.11788/975/Capitulo%2006.pdf?sequence=10&isAllowed=y>.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, “El valor constitucional del mandato de resocialización”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 63 (2001): 43-78.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/332/2023

Hacia un concepto de “consumidor vulnerable digital” y su protección en la contratación civil (*)



Cristina Argelich Comelles



Doctora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Acreditada por ANECA a Profesor Contratado Doctor (2019). Doctora en Derecho con premio extraordinario por la Universidad de Lleida (2017), por su tesis.

SUMARIO: I. Consideraciones iniciales acerca del consumidor medio, experto y vulnerable: hacia nuevas categorías en la contratación digital.— II. Consumidor vulnerable habitacional: de la jurisprudencia europea a la ley 4/2022.— III. Consumidor vulnerable en la contratación bancaria: la selección adversa y sus consecuencias.— IV. Del consumidor 2.0 a un nuevo “consumidor vulnerable digital”.— V. Conclusiones.

I. Consideraciones iniciales acerca del consumidor medio, experto y vulnerable: hacia nuevas categorías en la contratación digital

El *average consumer* o consumidor medio (1) es el estándar que adopta la Directiva 2005/29/CE, del 11 de mayo de 2005, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (2). Este concepto fue

creado por la jurisprudencia (3) del Tribunal de Justicia para identificar al consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (4). Este patrón permite evaluar el comportamiento desleal de la entidad financiera en atención a los parámetros de la buena fe contractual, en particular respecto del deber de información precontractual, esencial para cumplir con el control de transparencia. A estas consideraciones, se le suma la expansión del concepto de *consumidor* (5)

que se produjo en España y otros Estados (6) en el momento de la transposición de la Directiva. Consideran como consumidores a todos los destinatarios finales y, en consecuencia, se produce una extensión del control de las cláusulas, por cuanto comprende no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas y a las relaciones contractuales atípicas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia diferencia entre consumidor medio y consu-

midor vulnerable (7), ambos contenidos respectivamente en los arts. 5.2 y 3 de la Directiva 2005/29. El parámetro del consumidor vulnerable operará cuando la existencia del contrato en cualquiera de sus fases, incluidos los actos pertenecientes a la fase de formación, afecten a un grupo de consumidores que se encuentren alejados del parámetro del consumidor medio por sus características personales o coyunturales (8). Este consumidor vulnerable goza de la misma protección que el

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El presente trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación “Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma”, PID2020-112876GB-C31, IP.

(1) HUALDE MANZO, T., “Del consumidor informado al consumidor real”. El futuro del Derecho de Consumo europeo, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 12-31.

(2) DOUE de 11 de junio de 2005.

(3) En particular, véase la STJCE de 16 de julio de 1998,

TJCE 1998\174, que condensa la jurisprudencia anterior y acuña el concepto de *average consumer* o consumidor medio, así como la STJCE de 13 de enero de 2000, TJCE 2000\4, que introduce el concepto de la proporcionalidad en la consideración de la expectativa que se presume en un consumidor medio.

(4) WILHELMSSON, Thomas, “The Abuse of the “Confident Consumer” as a Justification for EC Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 27, 2004, pp. 317-337.

(5) EBERS, Martin, “Obligaciones, contratos y protec-

ción del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros”, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, pp. 148-150.

(6) EBERS, Martin, “Obligaciones”, ob. cit., pp. 148-150. En el mismo sentido que España se encuentran Grecia y Hungría. Estos tres Estados incluyen también en el concepto de consumidor a las personas jurídicas que actúen con un objetivo privado, una consideración que se encuentra expresamente prevista en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Eslovaquia y la República Checa. En el caso de

Francia, Polonia y Letonia también consideran como consumidores a los empresarios que concluyan un contrato ajeno a su habitual sector comercial.

(7) TRZASKOWSKI, Jan, “Lawful Distortion of Consumers’ Economic Behaviour: Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive”, *European Business Law Review*, vol. 27, 1, 2016, pp. 25-49.

(8) A estos efectos, la Directiva prevé el padecimiento de una dolencia física, un trastorno mental, o que por su edad o credulidad puedan considerarse vulnerables.

consumidor medio, pues esta distinción solo se refiere a la apreciación de su mayor debilidad en la relación contractual.

En un sentido contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro Tribunal Supremo efectúa otra distinción: por un lado, el consumidor medio, conforme a los estándares expuestos; y, por otro lado, el consumidor experto, quien se ve privado de su protección en atención a sus conocimientos financieros, a pesar de intervenir en una posición de inferioridad por la que la normativa de consumo le otorga protección. Una correcta práctica del deber de información será absolutamente necesaria en el caso del consumidor medio, aunque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (9) no lo será ante un consumidor experto. En particular, considera exigible el deber de información precontractual cuando el consumidor carezca de conocimientos financieros, por la asimetría que se produce respecto de la entidad financiera. Sin embargo, ante un consumidor experto no procederá la anulación por error, porque en ningún caso la información proporcionada puede considerarse como insuficiente, aunque lo fuese para un consumidor medio.

El problema de la diferenciación entre consumidor medio y consumidor experto es que otorga niveles de protección distintos, por cuanto equipara al consumidor experto con el inversor que contrata un instrumento financiero. Debemos señalar que el consumidor es objeto de protección por su posición en la relación jurídica, con independencia de sus conocimientos. Además, la carga de la prueba de estos conocimientos —y, por ende, de la falta de necesidad de protección— va a recaer en la entidad financiera que los alegue, por tratarse de un hecho obstativo de la pretensión tuitiva del consumidor, de conformidad con el art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Este elemento puede convertir en consumidores expertos a quienes materialmente no lo sean, en atención a prácticas abusivas como la comercialización de instrumentos financieros a consumidores. Asimismo, resulta difícil establecer un umbral objetivo de conocimientos a partir del cual un consumidor puede considerarse experto; los pronunciamientos del Tribunal Supremo señalados anteriormente atienden únicamente a la actividad profesional desempeñada y en ningún caso a la obtención de una titulación superior, que probaría inequívocamente ese conocimiento experto.

El criterio de consumidor experto equipara su estatus con el del inversor que contrata un instrumento financiero, cuando el perfil no se corresponde y por tanto la desprotección no resulta adecuada. El consumidor debe tener unas garantías tuitivas en el proceso de contratación, por su posición de inferioridad frente a la entidad bancaria y con independencia del instrumento contratado. En consecuencia, la aplicación de los controles que posteriormente examinaremos no puede depender de los presuntos conocimientos del consumidor, porque puede verse igualmente sometido a un comportamiento abusivo cuyas consecuencias solo podrán mitigarse mediante los remedios previstos para la inobservancia de estos controles. En definitiva, la protección del consumidor debe depender únicamente de la calificación subjetiva del deudor como consumidor, ante cualquier instrumento no financiero y también en los financieros cuando los hayan contratado a pesar de no ser inversores.

La desprotección por la categorización del consumidor según su nivel de conocimientos financieros tampoco resulta adecuada a la luz de la normativa de transparencia bancaria. Esta centra el sujeto de protección en la *clientela bancaria* (10), es decir, cualquier persona física adherente a un contrato. La Orden EHA/2899/2011, del 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (11) dibuja en su art. 2.1 el paradigma de la relación contractual entre la entidad de crédito y el cliente persona física. En este sentido, supone que el cliente persona física tiene mermada o nula su capacidad de negociación y de conocimiento del instrumento, sin que la norma efectúe ninguna otra distinción. El consumidor de un instrumento no financiero será toda persona física, usuaria de un servicio bancario y adherente a un contrato bancario, que actúe con un propósito distinto al propio de su actividad profesional. Esta última exigencia deriva del art. 3.1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y otras leyes complementarias (12). En consecuencia, no encajan en el concepto de consumidor del art. 3.1 de la LGDCU, el cliente de una entidad financiera que sea persona física, por comprender a empresarios individuales; el deudor hipotecario de un préstamo para la adquisición de vivienda, porque su normativa sectorial considera cliente a toda persona física que la adquiere y por tanto puede incluir a empresarios; ni el consumidor de servicios de crédito (13). Mientras no se conceptúe el consumidor de servicios financieros, deberá ampliarse el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación mediante la comprensibilidad de las cláusulas contractuales.

A pesar de esta exclusión, estas personas que hemos referido pueden igualmente experimentar las consecuencias negativas del desequilibrio de hecho que se produce en la relación contractual. Por este motivo, deberían superarse las categorizaciones de consumidor y proteger al deudor en atención a la presencia de abusividad en la relación contractual, derivada de un desequilibrio intrínseco. Para subvenir a este problema, existen inconvenientes prácticos como la masificación de las relaciones contractuales, con la consiguiente predisposición y estandarización de las condiciones contractuales, y una cierta despersonalización de su contenido (14), unas circunstancias que por sí mismas ya superan la noción de consumidor. La principal ventaja que tiene desterrar esta y otras distinciones restrictivas y de matiz, es que permite incorporar nuevas realidades, como los *smart contracts*, y adelantar la protección porque, en definitiva, ponen el acento en la asimetría material de la relación jurídica. Asimismo, el margen de negociación que pueden tener los deudores referidos puede ser equiparable al de un consumidor, porque la entidad financiera mantiene su posición hegemónica en el mercado y por ende en la relación jurídica.

II. Consumidor vulnerable habitacional: de la jurisprudencia europea a la ley 4/2022

Recientemente, se ha aprobado la ley 4/2022, del 25 de febrero de 2022, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (15), donde se aborda el concepto de “consumidor vulnerable”, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y su

actualización en esta norma. Aunque el consumidor vulnerable, concepto del que se parte para determinar la vulnerabilidad habitacional, desde el Derecho del Consumo, goce de la misma protección que el consumidor medio, su protección se incrementa materialmente por ser el destinatario como beneficiario, en atención a la insuficiencia de medios económicos, de diversas medidas estatales y autonómicas habitacionales.

El art. 1º de la ley 4/2022 modifica el art. 3º del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), y precisa en su apartado segundo que, sin perjuicio de la normativa sectorial, tendrán la consideración de “consumidor vulnerable” aquellas “personas físicas”, necesariamente, y ya sea “individual” o “colectivamente”, lo que permite incluir a familias vulnerables o colectivos vulnerables que no estén constituidos como persona jurídica, en quienes concurren unas determinadas circunstancias: que 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”. Este concepto, es necesario complementarlo con el que ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión, que categoriza al “consumidor vulnerable”, respecto del art. 5.3 de la Directiva (16) 2005/29 sobre las prácticas comerciales desleales, como aquel que se encuentre alejado del parámetro del consumidor medio, por sus características personales o coyunturales. En materia de vivienda, por tanto, podemos indicar que el “consumidor vulnerable” se referirá al deudor hipotecario insolvente, así como otras personas o colectivos vulnerables, es decir, los arrendatarios y otras personas con insuficiencia de medios para acceder a la vivienda, por ser los sujetos pasivos de las diversas medidas arbitradas en España tras la crisis hipotecaria del año 2007 y en la actual crisis del COVID-19.

Las circunstancias referentes a la vivienda y a su ocupante, que vienen referidas por parte de los legisladores estatal y autonómicos, son las que permiten calificarlo como persona vulnerable a efecto habitacionales e iniciar los procedimientos administrativos previstos para atender sus necesidades. En cuanto al objeto, podemos extraer de las diversas leyes de vivienda autonómicas que se refiere a que la vivienda sea objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidad de gestión de activos; es decir, que el propietario no requiera de la medida ejecutiva del lanzamiento para satisfacer su propia necesidad habitacional. El ocupante de la vivienda, para ser calificado como vulnerable, debe ser el propietario, arrendatario o avalista que se encuentre en especiales circunstancias de emergencia social; en la normativa estatal surgida para subvenir los efectos de la pandemia, que posteriormente se examinará, se incluye también el desahucio por impago de rentas y la medida ejecutiva del lanzamiento del arrendatario habitual. La persona o colectivo vulnerable se determinará con unos requisitos económicos, habitualmente referidos al Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples.

La concreción de las circunstancias que pueden ocasionar emergencia o exclusión social,

y que permiten calificar a una persona como vulnerable para ser beneficiaria de las medidas reguladas, resulta dificultosa porque constituye un concepto jurídico indeterminado, aunque necesario para poder ser finalmente beneficiario de las medidas articuladas. Se puede integrar este concepto con el de especial vulnerabilidad (17), y así definir las circunstancias de emergencia o exclusión social como aquellas que puedan afectar a familias con menores de edad, mayores dependientes, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o personas desempleadas sin derecho a prestación. Ninguna legislación determina si la emergencia social debe preexistir al lanzamiento o si tiene que estar originada por esta situación. Cabe inferir, por tanto, que la emergencia social se producirá si la especial vulnerabilidad es preexistente al lanzamiento, y cuando la especial vulnerabilidad venga generada por esta situación; por el contrario, no se apreciará la emergencia social cuando, aunque se produzca el lanzamiento, afecte a personas que no se encuentren en estas circunstancias. Finalmente, conforme a las estadísticas de la Oficina Europea de Estadística (EUROSTAT) (18), indicamos que España tiene una distribución de la población, en función del régimen de tenencia, de un 76,2% en propiedad; un 15,8% en arrendamiento de mercado libre; y un 8% en arrendamiento social, lo que sitúa el arrendamiento en un 23,8% del total. La media de la Unión Europea corresponde a un 69,8% de régimen de tenencia en propiedad, un 21,1% en arrendamiento libre, y un 9,1% en arrendamiento social, siendo el arrendamiento un 30,2% del total, lo que justifica la protección de las personas vulnerables habitacionales.

III. Consumidor vulnerable en la contratación bancaria: la selección adversa y sus consecuencias

La armonización de la protección al consumidor vulnerable que la normativa europea ha exigido requiere de un examen sobre su adecuada transposición, en atención a la variedad de instrumentos no financieros existentes. En la contratación con consumidores, por no tratarse de inversores, la protección se erige como un elemento fundamental para garantizar la igualdad de las partes en este proceso. Esta protección resulta todavía más necesaria en la comercialización indebida de instrumentos financieros a consumidores, que no reúnen ni el perfil de inversor, ni los conocimientos necesarios para la comprensión del producto correspondiente, especialmente en el caso de las participaciones preferentes, la deuda subordinada o los *swaps*. En este sentido, en junio de 2018 se presentaron en el Parlamento Europeo cuatro informes titulados *Mis-selling of Financial Products* (19). Estos estudios constatan varios fraudes en los contratos B2C, entre los que se destacan la comercialización indebida de participaciones preferentes y los abusos en los préstamos hipotecarios, especialmente en las cláusulas suelo y las cláusulas relativas a los gastos hipotecarios. Para subvenir a estas arbitrariedades, los expertos que elaboraron los informes recomendaron crear autoridades nacionales de protección del consumidor. Asimismo, manifestaron que se debería actuar en dos planos: por un lado, disciplinando a las entidades financieras y, por otro lado, compensando a los consumidores perjudicados. En relación con este último punto, aconsejaron que los problemas colectivos derivados de los contratos B2C tengan soluciones colectivas. Finalmente, sugirieron completar con remedios civiles

está expuesto el individuo, que le impide a priori ejercer convenientemente sus derechos, o que le coloca en una situación de inferioridad o de desequilibrio, haciéndole mercedor de protección”.

(18) EUROSTAT, *Estadísticas sobre vivienda*, 2021, disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Housing_statistics/es&olid=498645.

(19) Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/302a1a0a-7b47-11e8-ac6a-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

(9) Véanse las SSTs de 30 de junio de 2015, RJ 2015\2662, y de 23 de abril de 2015, RJ 2015\1863.

(10) MINOR, John, “Consumer Protection in the EU: Searching for the Real Consumer”, *European Business Organization Law Review*, 13, 2012, pp. 163-168.

(11) BOE de 29 de octubre de 2011.

(12) BOE de 30 de noviembre de 2007.

(13) BARRAL VIÑALS, Inmaculada, “El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario”, en Tarabal Bosch, J., Lauroba Lacasa, E. (dirs.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid,

Marcial Pons, 2012, pp. 473-488, propone fijar un nuevo concepto de consumidor de servicios financieros de crédito que permita la aplicación de una normativa homogénea.

(14) BARRAL VIÑALS, Inmaculada, “El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario”, en Tarabal Bosch, J., Lauroba Lacasa, E. (dirs.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 473-488.

(15) BOE de 1 de marzo de 2022.

(16) DOUE de 11 de junio de 2005.

(17) Se dispone en las Leyes de vivienda de Andalucía,

las sanciones administrativas ante los fraudes financieros.

La proactividad de los consumidores en la defensa de sus intereses ha dado un impulso a la jurisprudencia europea sobre las cláusulas abusivas (20), centrada en el objeto del contrato y sus prestaciones esenciales. El desequilibrio que provoca la abusividad en la contratación con consumidores no deja de ser un problema de selección adversa (21), es decir, un funcionamiento deficiente del mecanismo préstamo-riesgo. Este desequilibrio se produce cuando el prestamista no evalúa correctamente la solvencia del deudor y, desde una posición de privilegio, traslada la totalidad del riesgo al consumidor, cuya manifestación lo convierte en un sesgo retrospectivo ya irremediable. La selección adversa tiene tres manifestaciones negativas en el mercado de crédito hipotecario. Por una parte, una mala evaluación del riesgo por parte de entidades financieras demasiado optimistas. Por otra parte, la inexistencia de incentivos para monitorizar el riesgo al recibir una garantía sujeta a variaciones del valor, como ha venido sucediendo en los últimos años en los que el valor del préstamo hipotecario era muy superior al de la garantía.

Superar estas consecuencias negativas derivadas de la selección adversa en el mercado de crédito exige que las entidades financieras no incurran en el conocido como riesgo moral, por no evaluar adecuadamente la capacidad económica de los deudores ante la propiedad como paradigma residencial. En definitiva, requiere que estas entidades no se comporten como *lazy banks*, aumentando los tipos de

interés a quienes tengan una solvencia cuestionable y provocando el colapso del mercado de crédito hipotecario que se produjo en el año 2007; deben, por el contrario, comprobar previamente la solvencia del consumidor y reservar sus fondos para quienes les proporcionen una mayor seguridad. La falta de garantías en la concesión de préstamos hipotecarios, y en general la selección adversa en la contratación bancaria, podría solucionarse con un mayor incremento del intercambio de información entre todas las entidades financieras, para evitar un sistema bancario asimétrico y controlar el endeudamiento secuencial de un consumidor con distintas entidades.

IV. Del consumidor 2.0 a un nuevo “consumidor vulnerable digital”

El Derecho del consumo se encuentra en una encrucijada la que debe dar respuesta a nuevas realidades surgidas de la era digital, que son fruto directo de la evolución que ha experimentado el comercio electrónico: los *smart contracts* y los *adprosumers* o consumidores 2.0, como protagonistas de esta revolución contractual. Los *adprosumers* no se limitan a adquirir un bien o servicio, sino que requieren una experiencia positiva de compra. Esta se concreta, en primer lugar, en reclamar información y transparencia, elemento que deriva de los controles de incorporación, contenido y transparencia que le asisten como consumidor. Asimismo, el consumidor 2.0 busca asesoramiento, atención personalizada y una determinada relación calidad-precio. Este último elemento, sin embargo, queda excluido del control de abusividad, pues sola-

mente admite un control indirecto mediante un test circunstancial, relativo a la equivalencia de las prestaciones.

El *adprosumer* genera contenidos a través de las redes sociales, interactúa con una marca, y anuncia su experiencia con la finalidad de informar a otros consumidores. Ello permite conseguir el *customer engagement* o la adhesión del consumidor a una determinada firma, mediante la evaluación de las relaciones comerciales entre una empresa y un consumidor a largo plazo. En suma, tiene un papel de imagen de una marca y de su promoción, porque dirige indirectamente las acciones de *marketing* y publicidad, especialmente ante opiniones negativas, y crea una comunidad de seguidores en torno a un producto y su experiencia particular. El *adprosumer* sería el usuario que genera el contenido, sus seguidores quienes lo comentan, y los usuarios silenciosos quienes lo siguen, en un esquema que se correspondería respectivamente con 1-9-99, es decir, un usuario genera nueve seguidores, y estos a su vez noventa y nueve usuarios silenciosos.

Este consumidor 2.0, como destinatario principal de los *smart contracts*, se inserta en una protección del consumidor organizada en torno al concepto de *average consumer* o consumidor medio; este concepto debe evolucionar hacia el “consumidor vulnerable digital” para proteger a los consumidores en la contratación electrónica, reequilibrar la asimetría negocial y dotarles de un tratamiento legal adecuado. A modo de reflexión prospectiva, los retos que plantea la contratación electrónica en la actualidad afectan a la protección de datos de carác-

ter personal, referidos al control de identidad y los ficheros de solvencia, así como a los controles de abusividad que les asisten como consumidores, por lo que el tradicional concepto de consumidor vulnerable deberá incorporar aquellos abusos derivados de la contratación en un entorno digital. Estos controles deben revisarse porque únicamente podrá subsistir en su configuración tradicional el control de incorporación, relativo a las Condiciones Generales de la Contratación, por tratarse de un control formal y, por tanto, programable.

V. Conclusiones

En atención a las diversas categorías de consumidor y la adaptación de su protección, cabe pronosticar que, de conformidad con la evolución legal y jurisprudencial de la categoría de consumidor vulnerable, también regulada en la ley 4/2022, esta necesita progresar hacia el “consumidor vulnerable digital” que se ha propuesto en este trabajo, para hacer frente a su vulnerabilidad en la contratación electrónica. En definitiva y para concluir, la protección del consumidor vulnerable viene fuertemente influenciada por la normativa europea y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, que vinculan y en muchas ocasiones corrigen a nuestros tribunales. Por ello, su adaptación a las consideraciones derivadas de su vulnerabilidad es determinante para acabar con los abusos producidos, especialmente cuando sus prestaciones esenciales resultan excesivamente onerosas.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/325/2023

(20) Para apreciar la abusividad de una cláusula contractual, de conformidad con la jurisprudencia europea, se atenderá a la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando todas las circunstancias

que concurran en el momento de su celebración. Véanse las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, TJCE 2016\309, de 4 de junio de 2009, TJCE 2009\155, y de 9 de noviembre de 2010, TJCE 2010\335. Ante la abusividad de una cláusula

contractual, como se desprende de su nulidad, se tendrá por no puesta, manteniendo la eficacia y ejecución del resto del contrato, a lo que se refieren las SSTJUE de 14 de junio de 2012, TJCE 2012\143, de 30 de mayo de 2013, TJCE

2013\145, de 21 de enero de 2015, TJCE 2015\4.

(21) CUENA CASAS, Matilde, “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 55, 2015, pp. 461-518.

Comité Científico de Árbitros

Prof. Dr. Guido Alpa, Università di Roma-Sapienza, Italia.
Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.
Prof. Dr. Luis María Bunge Campos, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Giuseppe Conte, Università degli Studi Firenze.
Prof. Dra. Irene Coppola, Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia.
Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Gregor Christandl, Universität Graz, Austria.
Prof. Dra. Carmen Domínguez, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Prof. Dr. Anatol Dutta, Ludwig Maximilians Universität, Alemania.
Prof. Alfredo Ferrante, Università di Pisa, Italia.
Prof. Dr. Augusto Ferrero Costa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

Prof. Dr. Hugues Fulchiron, Université Jean Moulin Lyon 3, Francia.
Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.
Prof. Dr. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, Italia.
Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
Prof. Dr. Jérémy Houssier, Université de Reims Champagne-Ardenne, Francia.
Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Nenad Lhaca, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
Prof. Dr. Carlos Martínez de Aguirre, Universidad de Zaragoza, España.
Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Prof. Dra. Romana Pacia, Università degli Studi di Trieste, Italia.
Prof. Ubaldo Perfetti, Università degli Studi di Macerata, Italia.
Prof. Dr. Carlo Pilia, Università degli Studi di Cagliari, Italia.
Prof. Dra. Beatriz Ramos Cabanellas, Universidad de la República Oriental del Uruguay y Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.
Prof. Dr. Pablo Sanabria, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Fulvio Santarelli, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Francesco A. Schurr, Universität Liechtenstein, Liechtenstein.
Prof. Dr. José W. Tobías, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.
Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Angelo Vigliani Ferraro, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, Italia.
Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
Prof. Dr. Alessio Zaccaria, Università degli Studi di Verona, Italia.

Árbitros sorteados para seleccionar las publicaciones de este número



Prof. Dr. Luis María Bunge Campos, Universidad de Buenos Aires, Argentina.



Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade S.o Judas Tadeu, Brasil



Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina



Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires.



Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires, Argentina



Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia