Rubio Gimeno G, 'Vulnerabilidad y digitalización en la contratación de consumo : la perspectiva española' (2024) 1 EJPLT, 59-78.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT241GRG

EJPLT
ISSN 2704-8012

Vulnerabilidad y digitalización en la contratación de consumo: la perspectiva española

Vulnerability and digitalization in consumer contracting: the Spanish perspective

GEMMA RUBIO GIMENO
Associate Professor of Private Law
Universitat de Barcelona

Abstract

El presente estudio toma en consideración la noción de consumidor medio y de consumidor especialmente vulnerable con el fin de valorar la incidencia del entorno digital de contractación como un factor superpuesto de vulnerabilidad. Se plantean distintos elementos que inciden en la asimetría asociada a la digitalización de la contratación como son la brecha digital, el estado de flow o el scoring crediticio. En cuanto a la digitalización del contexto contractual, dada su incidencia generalizada, se valora si puede dar lugar a un reequilibrio desconectado de la concurrencia de otros factores de debilidad contractual.

The present study considers the notion of the average consumer and the particularly vulnerable consumer to assess the impact of the digital contracting environment as an additional factor of vulnerability. Various elements that contribute to the asymmetry associated with the digitalization of contracting are discussed, such as the digital divide, the state of flow and credit scoring. Concerning the digitization of the contractual context, given its widespread impact, it is considered whether it can lead to a rebalancing disconnected from the presence of other factors of contractual weakness.

*This article was presented at the International Conference "Technology Innovation Law. International Legal Scholars' Jam Session", 8-9. March 2024, Fondazione Einaudi, Rome.
Scientific Committee: Vincenzo Ricciuto (Uni Tor Vergata Roma), Lucilla Gatt (Uni Suor Orsola Benincasa Napoli), Carla Solinas (Uni Tor Vergata Roma), Mariló Gramunt Fombuena (Uni Barcelona).

© The author(s) 2024, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at:
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Consumidor medio; consumidor especialmente vulnerable; vulnerabilidad multifactorial; digitalización del contexto contractual.

Summary: 1. Introducción. – 2. Del consumidor medio al consumidor vulnerable: ¿una protección superpuesta o un régimen diferenciado? – 2.1. La persistente necesidad de una tuición abstracta general. – 2.2. La vulnerabilidad coyuntural y transitoria. – 2.3. La vulnerabilidad multifactorial. – 3. La digitalización como factor de vulnerabilidad. – 3.1. De la brecha digital al estado de flow: la digitalización del contexto contractual y del objeto del contrato como factores asociados de vulnerabilidad. – 3.2. En particular, la digitalización en el sector financiero y la fragilización resultante. – 4. Planteamiento tuitivo en casos de especial asimetría contractual. – 4.1. De la toma de decisiones con conocimiento de causa a la toma de decisiones óptimas. – 4.2. ¿Cómo se neutraliza o se reequilibra el déficit informativo? – 5. ¿La situación de vulnerabilidad es siempre oponible a la otra parte contractual? – 6. Conclusiones.

1. Introducción.[1]

Cuando incidimos en la protección de la parte débil en la contratación de consumo, se hace preciso distinguir entre la debilidad contractual de carácter abstracto que se predica de los consumidores como agentes del mercado y la fragilidad individual, que, como veremos, puede ser multifactorial, y que afecta a una determinada y concreta contratación de consumo aisladamente calificada [2]. La doctrina se ha referido, además, a las vulnerabilidades interseccionales o agravadas, por confluencia de varios factores -circunstanciales o no- que propician una situación de debilidad contractual[3] y, al hilo de ello, también podemos considerar supuestos de vulnerabilidad combinada por el hecho de añadir a la posición consumidora un solo factor adicional de debilidad contractual, por ejemplo, la edad o la discapacidad.

Llegados al estadio actual de desarrollo del derecho de consumo, cabe plantearse si debe superarse totalmente la protección basada en esa categoría abstracta y uniforme de persona consumidora en su acepción general o en cambio, hay que superponer dicha protección a la que resulte adecuada en función de las circunstancias concretas. Un debate distinto es el de la extensión

[1] Esta publicación forma parte de la ejecución del proyecto I+D+I (PID 2019-107195RB-I009) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: *Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos.* PID 2019-107195RB-I00.

También es el resultado de las actividades del Grup de Recerca consolidat *Dret civil català i dret privat europeu* (2017 SGR 997).

[2] M. Grochowski, *Does European Contract Law Need a New Concept of Vulnerability?* , en *EuCML*, 2021, 4.

[3] M.P. Palazón Garrido, *¿Existe un Estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios?*, en *Revista de Derecho Civil,* 2023, vol. X, núm. 4, 202 ss.

que deba darse a la protección dispensada a los consumidores a sujetos distintos, destacadamente micro-empresas y profesionales autónomos.

Seguramente la conclusión más razonable es que no puede prescindirse de un consumidor de referencia al que deba protegerse en todo caso, obviando sus características y circunstancias individuales. Se constata, además, que cuando se asume el rol de consumidor para contratar desde el ámbito privado, el sujeto habitualmente se debilita, pese a la formación o conocimiento del que pueda disponer y, por tanto, se origina una asimetría que podemos considerar de tipo estructural.

En cuanto a las situaciones de especial fragilidad contractual, es labor de la doctrina identificar los focos de vulnerabilidad, así, por ejemplo, el contexto digital de la contratación o la contratación sobre servicios digitales o bienes digitalizados, pero, sobre todo, lo fundamental es concretar las medidas de protección que deben aplicarse en cada caso y que no pueden consistir en una intensificación de los deberes informativos precontractuales.

A continuación, partiremos pues, de una aproximación a la definición de consumidor vulnerable y consideraremos si la digitalización del contexto o del objeto constituye efectivamente un factor debilitante adicional y de qué forma debe afrontarse dicha vulnerabilidad, bien distinta a la que podemos relacionar con factores individuales.

2. Del consumidor medio al consumidor vulnerable: ¿una protección superpuesta o un régimen diferenciado?

La fragmentación del concepto de consumidor ha sido puesta de relieve por la doctrina[4] así como la dificultad de identificar en la jurisprudencia los rasgos que definen al consumidor medio[5], noción que, además, no es sencilla de aplicar cuando se ejercitan acciones colectivas que agrupan en una reclamación sujetos protegidos con perfiles muy distintos o cuando las circunstancias que rodean la contratación pueden incidir en el nivel de atención y perspicacia aplicada por ese consumidor medio en función del planteamiento publicitario utilizado[6]. Ello dificulta el control abstracto en el cumplimiento de la previsión legal y cuestiona la utilidad de la categoría general de consumidor medio definido por

[4] H.W. Micklitz, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2016, 3, 874 ss., señala que no existe un único mercado, sino múltiples y todos ampliamente regulados. Ello hace que el consumidor se manifieste continuamente mediante nuevas formas, pasando del consumidor racional al consumidor conductual haciéndose eco de la triple distinción entre el consumidor responsable, el consumidor confiado y el consumidor vulnerable que no excluye la posibilidad de descripciones adicionales combinadas con las necesidades regulatorias. La Comisión europea ya se ha mostrado atenta al fenómeno de la economía conductual y así en la COM (2020) 696 final, p. 21, relativa a la "Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible" toma en consideración los riesgos asociados a la explotación de sesgos cognitivos que pueden afectar a todos los consumidores.

[5] S. Pagliantini, In memoriam *del consumatore medio*, en *Europa dir. priv.*, 1/2021, 1 y ss.

[6] En este sentido, el Tribunal Supremo, mediante auto de 29 de junio de 2022, ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre si es compatible con los arts. 4.2 y 7.3 de la Directiva 93/13/CEE que "pueda hacerse un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio cuando varias de las ofertas de contratos están dirigidas a diferentes grupos específicos de consumidores, o cuando son múltiples las entidades predisponentes con ámbitos de negocio económica y geográficamente muy diferentes, durante un periodo de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando".

la jurisprudencia como aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz[7]. En realidad, en la definición del concepto de consumidor medio ya se ha añadido la necesaria consideración a las circunstancias concretas del caso[8]. Sea como fuere, los dos elementos que definen al consumidor medio -su actitud atenta y diligente- y la información o conocimientos de los que dispone-[9] permiten construir la expectativa con relación al funcionamiento del mercado. Por otro lado, la atención al consumidor especialmente vulnerable plantea dificultades adicionales que derivan principalmente de su caracterización individual.

Hasta la fecha, la contemplación del consumidor vulnerable no ha dado lugar a una protección reforzada de carácter general en fase de ejecución contractual y, por tanto, no ha surgido un estatuto del consumidor vulnerable que se superponga o que absorba el estatuto del consumidor medio. No se ha superado aún la orientación de la Directiva 2011/83/UE (DOUE-L-2011-82312) al atender, en su Considerando 34, a las necesidades informativas especiales de determinados consumidores en la contratación a distancia o fuera de establecimiento, por razón de enfermedad mental, física o psicológica, de edad o de credulidad, sin que ello, se advierte, pueda conducir a niveles distintos de protección. En la previsión actual de la legislación española, si acaso nos pudiésemos referir a ese estatuto, deberíamos circunscribirlo a los deberes

[7] La construcción del concepto ha sido el resultado de la labor del TJUE sobre todo durante la década de los años noventa (STCE, sala Quinta, de 21 de marzo de 1991, asunto Marie Delattre, C-369/88, STCE del Pleno, de 28 de octubre de 1992, asunto J.S.W. Ter Voort, C-219/91 o STCE, Sala Quinta, de 6 de julio de 1995, asunto Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V., que aludían al "consumidor medianamente informado "o "razonablemente informado"), que cristalizó en la expresión acuñada por la STCE (Sala Quinta), de 16 de julio de 1998, asunto Gut Sprigenheide GmbH, C-210/96, mediante la caracterización del consumidor medio como aquel "normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz"; la expresión se normalizó a partir de entonces y fue acogida por los pronunciamientos posteriores: STCE (Sala Quinta), de 28 de enero de 1999, asunto Verbraucherschutzverein, C-303/97, STCE (Pleno) de 22 de junio de 1999, asunto Lloyd Schuhfabrik Meyer and Co. GmbH, C-342/97, STCE (Sala Quinta) de 13 de enero de 2000, asunto Estée Lauder Cosmetics GmbH and Co. OHG, C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8 o STCE (Sala Primera) de 4 de abril de 2000, asunto Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV, C-465/98. También halló acogida en textos legales con variaciones leves: así, en el Reglamento núm. 1924/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (considerando 15) o en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (considerando 18). Podemos hallar pronunciamientos recientes que siguen utilizando esa categoría de referencia: así, en la STJUE (Gran Sala) de 21 diciembre 2023, asuntos acumulados C-38/21, C-47/21 y C-232/21, ECLI:EU:C:2023:1014, acerca de la actuación de un concesionario de vehículos y de si ésta debía considerarse por cuenta de la marca del vehículo, el Auto TJUE de 5 de octubre de 2023 (Sala octava), asunto contra Roller GmbH & Co. KG, C-761/22, ECLI:EU:C:2023:756, acerca de la fácil identificación de la eficiencia energética de una electrodoméstico en función de la información de etiquetado facilitada o la de 12 de enero de 2023 (Sala Segunda), asunto DV contra MA, C-395/2, ECLI:ECLI:EU:C:2023:14 y la STJUE de 13 julio 2023 (Sala Novena), asunto C-265/22, ECLI:EU:C:2023:578, ambas sobre control de cláusulas abusivas.

[8] Así la STJUE (Sala Cuarta) de 2 de mayo de 2019, Asunto C-614/17, ECLI:EU:C:2019:344, en la que se cuestiona si el consumidor medio debe referirse a un consumidor europeo o puede referirse únicamente al consumidor del Estado miembro en el que se plantea el litigio de origen.

[9] L. González Vaqué, *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 2004, núm. 17, 63 y ss.

informativos precontractuales[10], siendo su utilidad relativa dada la ausencia de regulación acerca de las sanciones civiles derivadas de su infracción[11].

El consumidor vulnerable se carácteriza como un subtipo de consumidor[12] restringido a las personas físicas -recordemos que la legislación española admite a determinadas personas jurídicas dentro de la categoría general de consumidor-, que tampoco pueda extenderse a otras categorías como los profesionales autónomos o las microempresas y lo que le distingue abstractamente es la situación de desigualdad que padece a la hora de contratar debido a su particular situación o circunstancia/s. Esa desigualdad frente al mercado en relación con los consumidores que no se hallen en la misma situación o circunstancia/s puede afectar a su aptitud para comprender la información o bien, a su capacidad de negociación. En todo caso, si la digitalización es un factor debilitante en general, dicha debilidad no puede enfrentarse desde la perspectiva individual de la fragilidad de un consumidor en una concreta relación de consumo. Esta perspectiva individual solo será relevante en supuestos de combinación de factores (entorno digital sumado a otro factor de vulnerabilidad).

2.1. La persistente necesidad de una tuición abstracta general.

La protección de los consumidores avanza hacia una tuición situacional que acoge factores heterogéneos de eventual fragilidad en la toma de decisiones o en los medios de defensa frente a las pretensiones de la otra parte. Sin embargo, parece claro que la posición consumidora abstracta conlleva, en todo caso, una caracterización asociada e inherente de debilidad contractual y que, pese a las inevitables limitaciones del sujeto de referencia -el consumidor medio-, dicha estandarización tuitiva que da lugar a una protección generalizada, sigue resultando necesaria. Lo es, sobre todo, porque la contemplación de la especial vulnerabilidad del consumidor, salvo la prevista por leyes sectoriales, no ha trascendido, como se ha dicho, a medidas o remedios en fase de ejecución del contrato y así, por ejemplo, no hay ninguna

[10] El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE-A-2021-793), posteriormente tramitado como Ley 4/2022, de 25 de enero (BOE-A-2022-3198), además de introducir la definición de consumidor vulnerable en el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, reformó el art. 8 recogiendo como derecho básico de los consumidores y usuarios el de la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial relación con las personas consumidoras vulnerables (letra f), el art. 17.3 en materia de información, formación y educación de los consumidores y usuarios, el art. 18.1 y 2 en materia de etiquetado y presentación de bienes y servicios, el art. 19 sobre prácticas comerciales, el art. 20.2 y 3 acerca del contenido de las ofertas comerciales, el art. 43.c) sobre cooperación en materia de control de calidad y el art. 60.1 sobre información precontractual. Existe únicamente una previsión que atañe a la fase de ejecución del contrato, la contenida en el art. 72 por el que parece flexibilizarse la carga probatoria del ejercicio de un derecho de desistimiento en casos de que sean personas consumidoras vulnerables las que lo ejerciten.

[11] Es por ello que la doctrina concluye que no existe tal estatuto en la actualidad, M.P. Palazón Garrido, *op.cit.*, 212 y ss., o que solo al margen de las relaciones contractuales se pueden aplicar medidas para proteger al consumidor vulnerable, L. Diéguez Aguilera, *El consumidor vulnerable: en especial, la vulnerabilidad de las personas mayores ante la acusada digitalización del mercado financiero*, en *Diario La Ley,* 2023, núm. 10223, 5 ss.

[12] M.J. Marín López, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Revista CESCO*, 2021, núm. 37, 115 ss.

previsión respecto de la misma en sede de control la abusividad de las condiciones generales o de conformidad con el contrato. Pero también lo es porque la especial vulnerabilidad de un concreto consumidor no siempre resultará oponible, mientras siempre lo es la asociada a la posición consumidora.

Así, por ejemplo, es clara la distinción entre el régimen de la conformidad del bien con el contrato aplicable a la contratación de consumo y la aplicable en los contratos concluidos entre particulares, pese a la tendencia a la consumerización general del derecho privado, pero no podríamos establecer una diferencia de régimen jurídico entre el régimen de la conformidad aplicable a un consumidor medio y la aplicable a un consumidor especialmente vulnerable. Como señalaremos un poco más adelante, es el derecho privado general y no el derecho de consumo, el que dispone actualmente de normas que pueden servir a esa protección reforzada mediante figuras como la ventaja injusta o la influencia indebida.

En todo caso, el concepto de consumidor, entendido como supraconcepto que delimita dogmáticamente la categoría de las relaciones de consumo[13], solo parece que pueda ir referido a la noción general de consumidor, sin perjuicio de que la aplicación de los estándares reequilibradores de la respectiva posición contractual deba acomodarse o intensificarse en los casos de especial vulnerabilidad o que deban preverse estándares particulares para determinadas situaciones (por ejemplo, la vulnerabilidad económica).

2.2. La vulnerabilidad coyuntural y transitoria.

Uno de los aspectos que se ha planteado en la revisión de la protección que el derecho de consumo debe dispensar a los ciudadanos es la necesidad de contemplar un tipo de vulnerabilidad esencialmente episódico o coyuntural, por definición transitorio y no estructural o vinculado a situaciones endógenas. Es decir, una vulnerabilidad efímera y circunstancial[14] que, sin embargo, condicione decisivamente la capacidad negociadora de un sujeto en relación con una contratación en concreto.

En otros casos, la concreta situación de vulnerabilidad no afectará a la capacidad o habilidad en la negociación del contrato ni a su aptitud para comprender la información facilitada, sino directamente a las circunstancias económicas en la que se halle el consumidor, a su falta de solvencia, que le

[13] C.E. Florensa Tomás, *La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del TJUE*, en AA.VV., *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial,* coord. por M.D. Gramunt Fombuena y C.E. Florensa Tomás, Madrid, 2017, 65 ss., se refiere a él como protoconcepto puesto que la categorización subjetiva de la parte contractual funciona como exigencia dogmática, tanto para calificar la relación jurídica como relación de consumo, como para la aplicación de los estándares reequilibradores de la relación.

[14] E. Lauroba Lacasa, *Consommateur vulnérable et consommateur âgé*, en AA.VV., *Mélanges en l'honneur d'Yves Picod. La loyauté en droit économique*, Paris, 2023, 95, se refiere a la creciente porosidad de las calificaciones categóricas que da lugar a la contemplación de la mencionada vulnerabilidad efímera sin que, en realidad, ello derive necesariamente en la inutilidad de las taxonomías globales, pues éstas tienen la ventaja de identificar inmediatamente las categorías.

impida hacer frente al pago de, por ejemplo, suministros básicos y en ese contexto, hallaremos, además, supuestos de vulnerabilidad severa[15].

La particularidad de la aproximación actual es que la vulnerabilidad no se contempla como una situación permanente asociada a un determinado estado o circunstancia (edad, discapacidad, etc.), sino que puede responder a una realidad puramente coyuntural o puntual del individuo. A su vez, y esa es la mayor dificultad a la que se enfrenta la nueva categorización, se relaciona no solamente con un grupo de consumidores, sino también con la vulnerabildad estrictamente individual. En efecto, mientras la Directiva 2005/29/CE aludía a "un grupo claramente identificable de consumidores vulnerables" (art. 5.3), la Nueva Agenda del Consumidor[16] atiende a una vulnerabilidad que puede estar causada "por circunstancias sociales o características particulares de consumidores individuales o de grupos de consumidores".

Dicha individualización de la vulnerabilidad del consumidor nos llevará a valorar la transcendencia de la misma durante la contratación del bien o servicio y su correlativa oponibilidad a quien haya predispuesto dicha contratación.

Desde esta perspectiva, se distingue entre la vulnerabilidad "class-based", relacionada con características individuales del consumidor (edad, sexo, discapacidad, etc.) y la vulnerabilidad "state-based", que se identifica con el modo como la persona interacciona con el mercado en función de sus características individuales y sus circunstancias personales y por tanto, tiene un incidencia transitoria[17]. La manera como la persona interacciona en el mercado digital y como se dan unas condiciones especialmente propicias para influir en su toma de decisiones sería un ejemplo claro de vulnerabilidad "state- based".

2.3. La vulnerabilidad multifactorial.

A la hora de identificar una concreta situación de debilidad contractual que potencialmente pueda ocasionar una asimetría en el resultado del contrato, pueden tenerse en cuenta indicadores que responden a causas endógenas

[15] Observamos el recurso a definiciones de consumidor vulnerable destinadas exclusivamente a la protección sectorial del mismo. Así, el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica (BOE-A-2017-11505), precisa una definición, que se contiene en su art. 3, basada en condicionantes de renta anual, a los efectos de bonificar el precio del suministro de energía eléctrica y garantizar la continuidad del suministro. Respecto del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, se distingue entre el consumidor vulnerable y el consumidor vulnerable severo, que presenta riesgo de exclusión social (art. 4). También en sede de suspensión de lanzamientos en procedimientos de ejecución hipotecaria se recoge la descripción *ad hoc* de la especial vulnerabilidad que permite aplicar la medida (art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE-A-2013-5073). En cambio, otras normas sectoriales, como el art. 14 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE-A-2023-12203) incluyen relaciones de colectivos vulnerables meramente ejemplificativas.

[16] "Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible", COM (2020) 696 final,

[17] R. Barceló Compte, *El consumidor especialmente vulnerable. De la protección class-based a la protección state-based*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2022, núm. 16, 639.

como la edad, la discapacidad[18] o el nivel de formación[19] o exógenas como la situación económica/financiera[20] o geográfica[21]. El carácter multifactorial o multidimensional y a su vez, sectorial[22], de esta nueva mirada sobre la debilidad contractual dificulta su identificación precisa[23] y por tanto, su aplicación reequilibradora, sobre todo cuando la fragilidad se vincula a interacciones individuales con el mercado y no por razón de determinadas características del consumidor.

La atención a la especial vulnerabilidad del consumidor no es nueva. Así, la Directiva 2005/29/CE tipificó como prácticas comerciales desleales (art. 5.3) aquellas susceptibles de distorsionar el comportamiento económico de "un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer (…) una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad", debiendo tomar por referencia la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Previamente, la Directiva 2001/95/CE, relativa a la seguridad general de los productos, actualmente derogada por el Reglamento (UE) 2023/988, de 10 de mayo (DOUE-L-2023-80684), ya se refería a determinados colectivos vulnerables, como los menores de edad o las personas mayores, extendiéndose la previsión, en la norma actual, a las personas con discapacidad.

En el caso de España se acuña una previsión de pretendida aplicación general[24] mediante el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección

---

[18] Así el Reglamento (CE) núm. 1107/2006, de 5 de julio, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DOUE-L-2006-81414).

[19] La Exposición de motivos de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE-A-2022-3198), se refiere a la incidencia del nivel formativo y cultural del consumidor en las relaciones de consumo y que sitúa en posiciones de vulnerabilidad a aquellas personas que cuentan con menores niveles de estudios, refiriéndose la ley a las circunstancias educativas en el art. 3 al contemplar la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto relaciones concretas de consumo.

[20] La transposición de la Directiva (UE) 2021/2067, de 24 de noviembre (DOUE-L-2021-81714) ha de incorporar la previsión de dicha vulnerabilidad y de las medidas en las que se concreta la específica protección, por ejemplo, mediante la obligación de renegociar de la deuda garantizada con la vivienda habitual. Respecto a este tipo de vulnerabilidad, deberán tenerse en cuenta, también, los supuestos en los que proceda la suspensión del lanzamiento ordenado con ocasión de ejecución hipotecaria, prorrogada la medida de suspensión hasta 15 de mayo de 2028 tras la aprobación del Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables.

[21] Se refiere a ello M.L. Palazón Garrido, *op.cit.*, 202 ss.

[22] En el año 2016 un estudio publicado por la UE "Consumer vulnerability across key markets in the European Union" analizaba la vulnerabilidad a partir de abstraer cinco dimensiones de la misma (1ª.- Mayor riesgo de resultados negativos o impactos en el bienestar, 2ª.- Tener características que limitan la capacidad de maximizar el bienestar, 3ª.- Tener dificultad para obtener o asimilar información, 4ª.- Incapacidad o imposibilidad de comprar, elegir o acceder a productos adecuados y 5ª.- Mayor susceptibilidad a las prácticas de marketing, creando desequilibrios en el mercado) en tres sectores distintos: el financiero, el energético y el de la contratación online, señalando que en los dos primeros la incidencia de la vulnerabilidad es notablemente mayor que en el tercero.

[23] S. Pagliantini, *op.cit.,* p. 2 o E. Kaprou, en AA.VV.,*The legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: Benefits and limitations of a focus on personal*, Riefa, Christine Riefa y Saintier, Severine (ed.), *Vulnerable consumers and the law*, Routledge, Oxon, 2020, 54.

[24] Las previsiones que hallamos anteriormente se encuentran en normas sectoriales y se relacionan, sobre todo, con la situación económica del consumidor. La doctrina ha sistematizado en dos grupos la normativa que se ocupa de paliar los problemas relacionados con la vulnerabilidad distinguiendo dos dimensiones: la económica y la informativa y ha concluido que ambas dimensiones suelen concurrir en las mismas personas. A. Mut Piña, *La parametrización de la vulnerabilidad en el derecho contactual de consumo. Un estudio empírico sobre el sector financiero*, en *InDret,* 2023, núm. 1, 4 ss. El art. 3.3. del Texto refundido pretende superar, pues, el criterio económico como el único definitorio de una situación de vulnerabilidad. I. Navarro

de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE-A-2021-793)[25], que modificó la norma destinada a la definición de consumidor, añadiendo un segundo párrafo destinado a contemplar la categoría de persona consumidora vulnerable (art. 3.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias): «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 carácterísticas, 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».

Se ha criticado la inconcreción e imprecisión de la definición que, si bien introduce esa categoría de vulnerabilidad multifactorial, dificulta un tratamiento uniforme y reconocible de la figura[26]. Al margen de estas críticas justificadas, plantearemos a continuación si la digitalización del contexto y del objeto del contrato pueden dar lugar a una vulnerabilidad asociada.

3. La digitalización como factor de vulnerabilidad del consumidor.

Cabe plantear si la digitalización del mercado o incluso, la digitalización del objeto del contrato, acarrean un factor inherente y añadido de vulnerabilidad en la posición consumidora[27]. La respuesta parece ser necesariamente afirmativa. El funcionamiento del mercado en ese concreto contexto, a través de plataformas tecnológicas que controlan la información y se anticipan a la demanda, da lugar a prácticas de segmentación digital que convierten a cualquier consumidor en vulnerable[28] e intensifican la asimetría propia de las relaciones B2C, siendo difícil distinguir en ese contexto las técnicas de incentivación de las de manipulación[29]. Además, la innovación tecnológica

---

Mendizábal, en AA.V.V., *El consentimiento contractual informado de las personas mayores*", S. Adroher Biosca, (dir), *Tratado de derecho de mayores,* Madrid, 2024, 627.

[25] Posteriormente derogado al ser tramitado como ley (Ley 4/2022, de 25 de febrero, BOE-A-2022-3198).

[26] J.A. García Hernando, *La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL 1/2021*, en *Diario La Ley*, 2021, nº9858, 2.

[27] R. Barceló Compte, *op.cit.,* 640. C. Argelich Comelles *Del consumidor vulnerable de la Ley 4/2022 y el Derecho europeo de consumo al "consumidor vulnerable digital" y su protección*, en AA.V.V., *Derecho y colectivos vulnerables,* J. Martín Ostos (dir.), Sevilla, 2022, 17) sostiene la necesidad de hacer evolucionar la categoría de consumidor medio hacia la categoría de consumidor vulnerable digital.

[28] Desde esta perspectiva se habla de la naturaleza arquitectónica de las vulnerabilidades en la sociedad digital, refiriéndose al despliegue de arquitecturas de elección en los mercados digitales que deben ser analizados desde los postulados de la economía conductual. A su vez, se constata que debe superarse el planteamiento de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales que yuxtapone el consumidor vulnerable al no vulnerable, como si cada consumidor pudiese asignarse a una categoría u otra N.Helberg, H.W. Micklitz, M. Sax y J.Strycharz, *Digital vulnerability*, en *EU consumer protection 2.0 Structural asymmetries in digital consumer markets*, 2021, 18 y ss.

[29] La ley de servicios digitales (Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, DOUE-L-2022-81573), aplicable desde el pasado 17 de febrero de 2024, introdujo, en su art. 25, la prohibición de utilizar los llamados patrones oscuros a través del diseño, organización o gestión de interfaces «que engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o de manera que distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas.».

complica la labor legislativa dada la rápida evolución de aquella frente a la lentitud de reacción de esta[30]. Por otro lado, es fácil anticipar que quien se halle en un estado de vulnerabilidad por razón de edad, discapacidad, situación económica, etc., agravará su fragilidad en un contexto digital; todavía más si asociamos un mercado complejo -como el financiero- y lo desarrollamos en un entorno digital. Sin embargo, el planteamiento del legislador europeo no se sitúa, de momento, en esa perspectiva generalizadora de una vulnerabilidad asociada al contexto digital[31].

3.1. De la brecha digital al estado de *flow*: la digitalización del contexto contractual y el objeto del contrato como factores asociados de vulnerabilidad.

El comercio electrónico en España muestra un crecimiento sostenido en la última década. Según pone de relieve el último informe sobre comercio electrónico elaborado con datos de 2022 por el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI), el 30% de empresas realiza ventas online y el crecimiento desde 2019 se cifra 9,6% para las empresas con más de diez trabajadores. En cuanto a las microempresas se cifra en un 13,2 % el porcentaje de tráfico online y en un 7,4 % el incremento respecto a los datos de 2019.

La relación entre el impacto de la tecnología y la asimetría contractual se ha vinculado, sobre todo, con la llamada brecha digital[32] y a la falta de capacitación digital[33]. La Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2022[34], sobre la brecha digital: diferencias sociales como consecuencia de la digitalización [2022/2810(RSP)][35], tomando la definición de brecha digital acuñada por la Organización de cooperación y desarrollo económicos (OCDE) y

[30] A.B. Veiga Copo, *El consumidor vulnerable,* Navarra, 2021, 339 ss.

[31] Así, la Directiva (UE) 2019/2161 (DOUE-L-2019-81968) que modificó, entre otras, las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE, señaló la necesidad de adaptar la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores ante el continuo desarrollo de las herramientas digitales (considerando 17) pero siguió asociando la especial vulnerabilidad a una situación subjetiva previa, como la edad avanzada (considerando 54).

[32] Los estudios sociológicos han identificado tres niveles asociados a la brecha digital y que afectan al acceso (distinguiendo entre quienes tienen acceso a internet y quienes no lo tienen), al uso y habilidades de los usuarios (en el que influyen factores como y a los beneficios vinculados a las formas de consumo en entornos digitales (C. Lutz, *Digital inequalities in the age of artificial intelligence and big data*, en *Human Behavior and Emerging Technologies*, 2019, Vol 1, issue 2, apr, 142 ss.) Dichos estudios realizados mediante análisis empíricos ponen de relieve que, pese que la contratación electrónica ha podido favorecer cierta homogeneización de los hábitos adquisitivos de los consumidores españoles respecto a los mantenidos en las economías occidentales más avanzadas, el consumo online da lugar a una nueva forma de fragmentación social en el consumo (M. Barbeta-Viñas y A. Sánchez-Gelabert, *Consumo online y desigualdad en España ¿la emergencia de nuevas formas de fragmentación*, en *Revista española de investigaciones sociológicas*, 2023, núm. 184, octubre-diciembre, 24 ss.; también S.De Marco, *El comercio electrónico en España (2029): un ejemplo de tercera brecha digital*, en *Revista internacional de sociología*, 2022, vol. 80 (2), abril-junio, 4)

[33] M.D. Hernández Díaz-Ambrona, *Consumidor y comerciante*,), en AA.V.V., *Manual de Derecho de consumo*, en Díaz Alabart, Silvia (coord.) 2a ed., Madrid, 2023, 41 ss.

[34] Con anterioridad ya se refería a ella la Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de noviembre de 2014, sobre el apoyo a los derechos de los consumidores en el mercado único digital [2014/2973(RSP)], C 289/65, 09.09.2016. También se ha ocupado de la cuestión en un contexto más general, la Decisión (UE) 2022/2481 por la que se establece el programa estratégico de la Década Digital para 2030 [PE/50/2022/REV/1, L323/4, 19.12.2022].

[35] (OJ C, C/177, 17.05.2023, p. 57, CELEX: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022IP0438)

que alude a la distancia existente entre «particulares, hogares, empresas y zonas geográficas en distintos niveles socioeconómicos, tanto en lo que se refiere a sus oportunidades de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) como a su uso de internet para una amplia gama de actividades», parte de la constatación de que la digitalización tienen una gran repercusión social, económica, política y cultural en la vida cotidiana de los consumidores, generando desigualdades no solo entre zonas urbanas bien conectadas y zonas rurales remotas con niveles bajos de conectividad, sino también «entre las personas que pueden beneficiarse plenamente de un espacio digital enriquecido, accesible y seguro con una amplia gama de servicios, y las que no pueden hacerlo», siendo «que el uso cada vez más extendido de pagos digitales, incluidas tarjetas, carteras digitales o aplicaciones móviles, está dando lugar a que algunos minoristas dejen de aceptar efectivo». Se destaca, asimismo, la necesidad de reforzar la protección de los datos personales y la privacidad de los consumidores, especialmente cuando no están familiarizados con la seguridad de los datos en línea o en relación con interfaces de software que no resulten fáciles de usar.

En cuanto a la brecha digital de género cabe concluir que no tiene impacto en la caracterización de la vulnerabilidad de las personas consumidoras cuando contratan. La brecha se concentra en el dato relativo al número de especialistas digitales y en el número de mujeres que eligen una formación superior en el campo de la informática, pero no afecta al uso regular de internet ni al nivel de competencias digitales, aunque sí se detecta una mayor desconfianza de las mujeres ante lo ciberriesgos[36]. Por el contrario, la brecha digital asociada a las personas de edad avanzada o brecha digital generacional es un dato contrastado[37], que además afecta a la brecha de primer nivel, la del acceso, lo que ya no permite considerar el nivel de capacitación digital, y puede dar lugar a situaciones de exclusión social. Esa deriva ha sido puesta de manifiesto por la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01), de 23 de enero de 2023 que incluye el compromiso de

[36] Ello según los datos del último Informe sobre Brecha digital de género 2023 (Edición 2024 con datos de 2023), publicado por el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI), dependiente del Ministerio para la transformación digital y de la función pública del Gobierno de España: el 94,6% de las mujeres usan Internet semanalmente frente al 94,3% de los hombres, siendo el sexto país europeo con mayor porcentaje de utilización; el 65,9 % de las mujeres de España tiene un nivel de competencias digitales básicas o por encima de las básicas frente al 66,5% de los hombres; solo el 14,% de las personas egresadas en informática y el 28,3% en ingenierías son mujeres, siendo que las mujeres representan el 18% del total de los especialistas digitales de España. En cuanto al nivel de confianza, el 40,7 % de las mujeres confía poco o nada en Internet frente al 37,7% de los hombres, mientras que el 25,7% de las mujeres se siente preparada para afrontar los problemas derivados de la ciberseguridad ante el 38,7% de los hombres. Respecto al uso concreto de dispositivos para acceder a internet, aspecto que se considerará relevante respecto al estado de flujo mencionado en el texto, la proporción entre hombres y mujeres no arroja diferencias significativas: teléfono móvil (95,6 % mujeres y 95,1 % hombres), ordenador portátil (53,9 % mujeres y 52,5 % hombres), ordenador de sobremesa (25,9 % mujeres y 37,3 % hombres) y tableta (35% mujeres y 34,1 % hombres). Más concretamente, en relación con las actividades desarrolladas en los accesos a internet, se aprecia que las mujeres tienen una ligera dedicación superior a las actividades de contratación online de bienes (1,2% más que los hombres): el 55,2% de las mujeres compran bienes físicos, frente al 54% de los hombres, mientras que los hombres contratan servicios en línea en mayor proporción (30% hombres frente a 23,4% mujeres).

[37] I. Navarro Mendizábal, *op.cit.,* p. 611 y ss. que señala que el uso intensivo de la tecnología sin alternativa genera una brecha digital. Si bien el autor considera que la edad no constituye en sí misma una causa de vulnerabilidad contractual, concluye que puede ser un factor coaduyante cuando concurre con otros factores.

«llevar a cabo una transformación digital que no deje a nadie atrás» y que beneficie «a todos», logrando «el equilibrio de género» e incluyendo, «en particular, a las personas de edad avanzada, las personas que viven en zonas rurales, las personas con discapacidad o marginadas, vulnerables o privadas de derechos, y quienes actúen en su nombre». La forma de lograrlo no es evidente y se señala que solo mediante políticas que permitan la constatación del acceso universal al entorno digital podrá promoverse la capacitación en ese entorno[38]. Desde una perspectiva más realista y centrada en la contratación online, se ha acudido a la categoría de hipervulnerabilidad para caracterizar al consumidor de edad avanzada en el contexto digital[39].

En este sentido, más allá de los indicadores habituales de vulnerabilidad del consumidor (edad, formación, situación económica, discapacidad, etc.) que se planean desde una vertiente subjetiva, se puede concebir una vulnerabilidad asociada al contexto contractual. Entendemos que el entorno digital o incluso, la digitalización del objeto del contrato, incorporan de manera inherente un factor de vulnerabilidad contractual añadido, puesto que la capacitación digital, superada la minoría de edad, no es plena en ninguna franja de edad[40].

Como se ha señalado, la debilidad contractual puede ser multifactorial y sin duda, que un determinado contexto contractual puede ser un factor relevante que la intensifique. Ello se positivizó ya hace ya años en relación con las prácticas comerciales desleales, cuya valoración depende del contexto fáctico y exige tener en cuenta todas las características, circunstancias y limitaciones del medio de comunicación a través del cual se vierte una determinada información (art. 7.1 Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales). El contexto digital de contratación puede favorecer una asimetría reforzada [41], asociada a la dificultad de tomar decisiones informadas[42], que lo será aún más en los casos en los que concurra con otros factores de vulnerabilidad, como la edad o la falta de capacitación digital del consumidor[43].

A su vez, la doctrina plantea si existen diferencias de comportamiento en el consumidor en función del dispositivo electrónico empleado para la contratación, refiriéndose al estado de *flow* del usuario que accede a una

---

[38] V. Morente Parra, *Los derechos digitales de las personas mayores. Hacia el fin de la brecha digital generacional*, AA.VV., *Tratado de derecho de mayores*, S. Adroher Biosca (dir.), Madrid, 2024, 667ss.

[39] S. De Salas Murillo, *Hipervulnerabilidad del consumidor mayor en la contratación electrónica*, en AA.VV., *Tratado de derecho de mayores*, S. Adroher Biosca (dir.), Madrid, 2024, 201.

[40] En el apartado 14 de la Resolución se señala que «los factores sociodemográficos influyen significativamente en los niveles de capacidades digitales, ya que, por ejemplo, más de dos tercios de los adultos jóvenes, las personas con altos niveles de educación formal y los estudiantes de educación superior cuentan al menos con capacidades digitales básicas; observa, en cambio, que solo alrededor de un tercio de las personas de entre 55 y 74 años, las personas jubiladas y las personas inactivas tienen al menos capacidades digitales básicas; observa, además, que la brecha entre las capacidades digitales de las personas que viven en zonas rurales y urbanas sigue siendo considerable».

[41] R. Barceló Compte, *op.cit.,* 632.

[42] Según se señala en la "Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible", COM (2020) 696 final, p. 11 y ss.

[43] La Comunicación UE sobre la "Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible", COM (2020) 696 final, p. 18, remite al Informe BIT (E. Costa y D.Halpern, *The behavioural science of online harm and manipulation, and what to do about it. An exploratory paper to spark ideas and debate*, 2019) sobre los daños y la manipulación en línea, en él se proponen medidas para identificar consumidores vulnerables y poder proveer medidas de apoyo que principalmente se relacionan con una mayor accesibilidad de los datos en beneficio de los consumidores y no de las empresas.

página web de venta y se concluye que, en efecto, la contratación online promueve el hedonismo asociado a la contratación, en detrimento de la toma de decisiones reflexivas o racionales; se dice que ese estado de *flow¸* definido como el estado mental que se alcanza cuando una persona está totalmente involucrada en la actividad que realiza debido al goce que dicha actividad le reporta, encuentra un entorno de desarrollo especialmente propicio en el comercio online[44]. Se ha estudiado, también, el impacto de la digitilalización de la publicidad sobre la actitud del consumidor, determinando que los efectos digitales mejoran la respuesta al incentivo publicitario y por tanto, cumplen un rol moderador sobre el comportamiento del consumidor[45].

Como hemos señalado, con carácter general, el entorno digital de contratación favorece una situación general de vulnerabilidad -del mismo modo que se relacionó la venta fuera de establecimiento con una forma agresiva de ofertar bienes o servicios que podía dar lugar a contrataciones viciadas o que en la actualidad se vincula el sector energético o el financiero a una especial fragilización del consumidor-, puesto que dicho entorno está diseñado para identificar y promover la debilidad del consumidor[46]. Ello puede haber justificado pronunciamientos como el contenido en la STJUE (Sala Sexta) de 10 de diciembre de 2020 (Asunto C-774/1), en el que se califica de consumidor, a los efectos de determinar la competencia judicial internacional, al usuario de una plataforma de apuestas que se dedica a tiempo completo a las apuestas online, siendo estas su medio de vida y contando con amplios conocimientos sobre la actividad desempeñada[47].

Finalmente, debe valorarse también si la digitalización del objeto del contrato conlleva un factor de vulnerabilidad contractual que precise ser reequilibrado. El legislador europeo no ha parecido considerarlo desde esa perspectiva y así, en términos generales, la Directiva (UE) 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DCD) dispensa una protección menor al contratante de contenidos y servicios digitales respecto del que extiende al comprador de bienes (con elementos digitales y sin ellos[48]) en la Directiva (UE) 2019/771

---

[44] A. V. Ruiz Vega y C. Riaño Gil, *El estado de flow y el comercio electrónico: ¿Existen diferencias en la conducta de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado?*, en AA.VV., *El derecho privado en el nuevo paradigma digital,* E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente (dirs.), Madrid, 2020, 297 ss.

[45] M. García Torres, *Influencia de los efectos digitales en la actitud del consumidor hacia el anuncio y la marca*, en *Revista Mediterránea de Comunicación,* 2024, vol. 15, núm. 1, 280 ss.

[46] R. Barceló Compte, *op.cit.,* 640.

[47] M. V. Cuartero Rubio, ¿*Puede ser el consumidor un profesional (del póker on-line)? A propósito del asunto Personal Exchange International, C-774/19*, en *Centro de estudios jurídicos,* enero 2021. A este caso se refiere también R. Evangelio Llorca, *El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, núm. 20, febrero, 904, como ejemplo de relajación en la aplicación de los requisitos que debe cumplir la condición de consumidor. De hecho, ya anteriormente el TJUE ha desvinculado el nivel de conocimientos o la elevada competencia técnica con la inclusión/exclusión de la normativa de protección al consumidor; así, en la STJUE (Sala cuarta) de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14 (Caso Ovidiu Costea Horace contra SC Volksbank Rumanía SA), puesto que la debilidad de la posición consumidora no se relaciona únicamente con la comprensión de la información suministrada, sino con la limitación del poder de negociación del contrato.

[48] L. Arnau Raventós, *Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?*, en *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24 *(Relaciones contractuales en la era Digital),* 26 ss, se refiere al distinto tratamiento dispensado y señala que el consumidor que contrata el suministro de elementos digitales formando parte estos de un contrato de compraventa de un bien recibe un trato tendencialmente mejor al consumidor que contrata elementos digitales autónomamente.

(DCV). A su vez, la DCD no toma en consideración la eventualidad de esa vulnerabilidad, ni en su articulado ni en los considerandos previos[49].

3.2. En particular, la digitalización en el sector financiero y la fragilización resultante.

Un ámbito en el que ha resultado evidente la relación entre la digitalización del canal de contratación y de ejecución del contrato y la debilidad reforzada de la posición consumidora es el sector financiero, especialmente en relación a determinados grupos de consumidores. Dicha debilidad se ha relacionado, principalmente, con la edad avanzada. Un segundo aspecto en el que la digitalización tiene un impacto potencialmente debilitante es el del scoring crediticio mediante la utilización de la IA.

En cuanto a la primera cuestión, y pese a los estudios que pretenden desligar la vejez de un estado de vulnerabilidad inherente[50], los datos estadísticos[51] y las previsiones normativas ponen de relieve que es un factor de potencial limitación funcional de acceso al servicio (considerando 4 de la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios (DOUE-L-2019-80999) que menciona como servicio específico con requisitos adicionales de accesibilidad, el bancario). La banca digitalizada, como modelo de gestión de negocio, se ha impuesto de forma abrupta, sin una adecuada implantación progresiva, y pese a que puede haber supuesto un elemento de inclusión financiera de las personas que no tenían acceso físico a las entidades por su localización geográfica, ha expulsado del sistema a un elevado porcentaje del colectivo integrado por las personas mayores[52]. No sirve apuntar ahora, tras la transformación operada, que debe promoverse la inclusión digital de quienes no están capacitados para ello mediante acciones formativas. Seguramente, el único modo de revertir la exclusión financiera de sectores de población para los que la formación no sea una respuesta realista, es garantizar puntos de acceso presencial aunque sea mediante oficinas móviles o agentes financieros que se desplacen puntualmente[53] y, en un futuro, lograr que la capacitación digital

[49] R. Barceló Compte, *op.cit.,* 633 ss.

[50] Precisamente, lo que la digitalización de sectores como el bancario ha propiciado ha sido la movilización en defensa de la dignidad de las personas que, pese a su edad, no tienen habilidades digitales y que por ello no deben ser tratadas como ignorantes o discapacidad, pero tampoco excluidas. I. Navarro Mendizábal, *op.cit.*, 611 ss.

[51] Según los datos relativos al porcentaje de usuarios de la banca online referidos a 2020, y por tanto, post covid, facilitados por la Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares (INE), se estima que en la franja entre 55 y 64 años, la utilización es del 54,1% mientras que en la franja entre 65 y 74 años desciende al 32,6%; por encima de 75 años, solo un 9,1% utiliza los servicios de banca digital.

[52] A.I. Blanco García, *Brecha digital y vulnerabilidad del consumidor financiero. El refuerzo de su protección*, en AA.VV., *Los vulnerables ante el proceso civil*, J.F. Herero Perezagua y J. López Sánchez (dirs.), Barcelona, 2022, 151 ss.

[53] Esa es la respuesta que resulta del Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca, suscrito el 23 de julio de 2021 por la Asociación Española de Banca (AEB), la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) y la Unión Española de Cooperativas de Crédito (Unacc), que, entre las medidas para la inclusión financiera, incluye la atención presencial en ventanilla en un horario amplio. Sin embargo, según las cifras que arroja el Informe del Banco de España "La accesibilidad presencial a los servicios bancarios en España: informe de seguimiento 2023 (documentos ocasionales núm. 2320) el uso de

mínima de la que dispondrá toda la población, permita el acceso y utilización de servicios que son esenciales[54].

En lo que respecta a la segunda cuestión, sobre la protección del consumidor frente a la toma de decisiones relativas a la solvencia del consumidor y a su capacidad de hacer frente a obligaciones futuras a partir de sistemas automatizados que den lugar a un valor de probabilidad, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre la aplicación del art. 22 del Reglamento Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD). Dicho precepto establece el derecho de las personas a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluidas la elaboración de perfiles; el considerando 71 se refiere concretamente al análisis y predicción de aspectos relacionados con la situación económica o el comportamiento del interesado. El derecho se concreta en poder solicitar la intervención humana por parte del responsable del tratamiento de datos, en poder expresar el punto de vista por parte de quien ha sido objeto de la decisión y en poder impugnar esta. En el caso enjuiciado por el TJUE en Sentencia de 7 de diciembre de 2023 (Schufa Holding, asunto C-634/21, EU: C: 2023:957 y asuntos acumulados C-26/22 y C-64/22, EU: C: 2023:958), se planteó si la protección dispensada por el precepto debía extenderse también a la actividad desarrollada por terceras empresas que finalmente no son las que toman la decisión sobre la denegación de la financiación, sino las que realizan el tratamiento de datos y generan un valor de probabilidad a la entidad financiera, que es quien, finalmente, deniega la concesión del préstamo. Es decir, si la «decisión» a la que se refiere el precepto incluye la actividad de una empresa contratada por la entidad financiera para que proporcione a esta un valor de probabilidad a partir del cual acoger o no la petición de financiación. El tribunal opta por aplicar un concepto amplio de decisión (párrafos 46 a 49), estimando que la decisión de la entidad que deniega el préstamo «está basada de modo determinante en dicho valor» y, por tanto, el interesado se ve significativamente afectado por la actividad de tratamiento desarrollada; el art. 22.1 RGPC «debe interpretarse en el sentido de que la generación automatizada, por una agencia de información comercial, de un valor de probabilidad a partir de los datos personales relativos a una persona y acerca de la capacidad de esta para hecer frente a compromisos de pago en el futuro constituye una "decisión automatizada", en el sentido de la mencionada disposición, cuando de ese valor de probabilidad dependa de manera determinante que un tercero, al que se comunica dicho valor, establezca, ejecute o ponga fina a un relación contractual con esa persona» (párrafo 73)[55].

canales alternativos por parte de las personas mayores (> 65 años) predispuestos para mitigar la exclusión financiera es muy reducido, cifrándolo en menos del 1 % siendo que, a la vez, dicho colectivo utiliza escasamente la banca online (según el Informe "Heterogeneidad en el uso de los Medios de pago y la banca online: Un análisis a partir de la encuesta financiera de las familias (2002-2020). Documentos ocasionales núm. 2308, menos del 20% de los nacidos antes de 1944 lo hace).

[54] J. Hernández López, L. Pascual Hernández y A. Rodríguez González, *El desarrollo de la digitalización y la inclusión financiera. El futuro del dinero y la transformación digital del sector financiero*, en *ICE*, 2022, núm. 926, 133 ss.

[55] L. Cotino Hueso, *La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de Inteligencia artificial,* en *Diario LA LEY,* , 2024, núm. 80, 4, destaca la importancia del pronunciamiento dado el criterio general garantista que introduce en cuanto al tratamiento automatizado de datos y por el hecho de "poner el foco en le peso efectivo que tiene la valoración, perfil o sistema automatizado en la decisión final que se adopte, aunque formalmente sea humana o se adopte incluso por otro sujeto".

Ello es relevante, también, a los efectos de aplicar la previsión del art. 18.8 de la Directiva (UE) 2023/2225 (DOUE-L-2023-81526) y teniendo en cuenta que el Reglamento (RIA) incluye entre los sistemas de IA de alto riesgo (Anexo III, apartado 5, por remisión del art. 6.2) los "sistemas de IA destinados a ser utilizados para evaluar la solvencia de personas físicas o establecer su calificación crediticia". Los riesgos asociados al empleo de la IA en los procesos de scoring crediticio se relacionan con el derecho a la privacidad, la opacidad de los sistemas y datos empleados, la eventualidad de que los resultados sean erróneos o, finalmente, de que estén condicionados por factores discriminatorios que, debido a la opacidad mencionada, no trasciendan[56]. La transparencia del sistema y el acceso a los datos que han sido tenidos en cuenta, así como el valor de probabilidad alcanzado, son elementos necesarios para poder ejercer los derechos relativos a la expresión del punto de vista del prestatario y a solicitar una revisión de la toma de decisión.

4. Planteamiento tuitivo en casos de especial asimetría contractual.

La atención a la especial vulnerabilidad del consumidor, descrito por la norma considerando múltiples factores, no ha dado pie a una protección correlativa, salvo la consistente en reforzar las obligaciones informativas previas de la parte profesional. Teniendo en cuenta que el punto de partida es que el consumidor vulnerable puede tener dificultades adicionales, aunque sea por razones meramente transitorias, para comprender la información facilitada, parecería que lo que se exige al profesional es que predisponga una información distinta, más comprensible, de mayor calidad, para un determinado consumidor que contrate con él. Sin embargo, sobredimensionar una vez más la carga informativa del profesional, ni siquiera perfilando más afinadamente su contenido, no constituye un planteamiento realista ni una solución adecuada[57], especialmente en un contexto digital. Por un lado, porque la dificultad de personalizar la información e incluso antes que eso, de identificar la propia vulnerabilidad, llevaran a reforzar la información en todos los casos para su aplicación general -lo cual sería positivo salvo por la inevitable repercusión de los costes derivados de ello- y en segundo lugar, porque seguirán echándose en falta soluciones reequilibradoras aplicables a la fase de ejecución del contrato[58]. Llegados a este punto, parece que volver al derecho general de los contratos, en sus recientes manifestaciones tuitivas, puede ser un camino a explorar.

[56] N. COLLADO-RODRÍGUEZ, *La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA,* en *Revista CESCO,* 2023, núm. 46, 48 ss.

[57] Acerca de la ineficiencia de la carga informativa como remedio tuitivo y a su persistencia como solución de compromiso que garantice el libre acceso de los consumidores a bienes y servicios, A. Mut Piña, *op.cit.*, p. 27.

[58] M.P. Palazón Garrido, *op.cit.* p. 221. En el mismo sentido, A. Mut Piña (*op.cit.,* p. 28), que señala la inseguridad jurídica asociada a la consideración de un consumidor como vulnerable si ello se parametriza mediante la aplicación de criterios no objetivos.

4.1. De la toma de decisiones con conocimiento de causa a la toma de decisiones óptimas.

En el tránsito hacia el empoderamiento de los consumidores, se introducen ciertas perspectivas cuya concreción, que debe ser compatible con los principios generales de la contratación y más particularmente, con la autonomía privada, puede resultar difícil. Así, al contemplar la caracterización de una oferta comercial dirigida a un consumidor especialmente vulnerable o la carga de información precontractual, el legislador (Exposición de motivos I del Real Decreto Ley 1/2021) establece que la información deberá facilitarse «en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses» y para ello, la citada norma modifica los arts. 20 y 60.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

El planteamiento es distinto al que en sede de prácticas comerciales desleales se relaciona con la toma de decisiones con el debido conocimiento de causa [59] y que lleva a la tipificación como prácticas engañosas de las que distorsionen de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores o que ejerzan una influencia indebida (Considerando 14, arts. 2.d y j, 7.1 Directiva 2005/29/CE).

En efecto, existe un salto evidente entre una toma consciente de decisiones y una toma de decisiones óptimas para el consumidor, puesto que para lograr un resultado económico óptimo podría pensarse que es necesario establecer una comparativa en la oferta del bien o servicio en el mercado y, por tanto, en relación con las ofertas de los competidores y que, además, el empresario ha tenido que desempeñar una labor individualizada de detección de las necesidades de cada consumidor en concreto. En realidad, la norma lo que exige es que pueda hacerse una abstracción de los términos utilizados por el profesional de modo que estos permitan una adopción racional de decisiones que no pueda juzgarse como contraria a sus intereses. Esa valoración, necesariamente, se proyectará sobre las condiciones económicas de la contratación concluida y permitirá revisar, si estas han perjudicado al consumidor, cuál fue y de qué manera se facilitó, la información precontractual (así, por ejemplo, si un consumidor realiza un cambio de comercializadora de electricidad, sector al cual, además, se asocia una particular complejidad, y empeora sus condiciones económicas respecto de las que gozaba antes del nuevo contrato, habrá que valorar sobre qué información el consumidor contrató con un resultado objetivamente desfavorable).

4.2. ¿Cómo se neutraliza o se reequilibra el déficit informativo?

El reequilibrio negocial frente a una asimetría en la posición negociadora de las partes contractuales y en concreto, en relación a la debilidad de una de ellas, ha sido objeto de regulación por el derecho privado general dando lugar a la

[59] Con dicha expresión se alude a una "formación meditada, tranquila, con la posibilidad real de considerar todas las implicaciones del negocio", L. Arnau Raventós, *Formación de la voluntad: riesgos de captación y "decisión con conocimiento de causa*", en AA.VV., *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa,* M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dirs.), Madrid, 432 y ss.

ineficacia del contrato o a su adaptación (así, en caso de vicios de la voluntad o de ventaja injusta). Más deficiente es la respuesta legal ante los déficits informativos, puesto que no existe una previsión general sobre cómo debe protegerse a la parte desinformada cuando la información omitida o facilitada de forma inexacta o defectuosa ha resultado relevante en la eficacia del contrato[60].

Tampoco en relación con la categoría de consumidor vulnerable no se prevé un remedio concreto a la infracción informativa en relación con el contrato concluido, de modo que la apreciación de la especial vulnerabilidad por aplicación del art. 3.2 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios no parece tener consecuencia alguna. En los casos en los que esa vulnerabilidad haya adquirido relevancia en el contexto del empleo de una práctica comercial desleal, la Directiva 2005/29/CE, de acuerdo con la modificación introducida por la Directiva (UE) 2019/2161, que añadió un art. 11.bis a la disposición, incluye la indemnización, la reducción del precio y la resolución del contrato como medidas correctoras para eliminar los efectos de la práctica utilizada, siendo la reducción del precio un medio particularmente idóneo para reequilibrar el contrato (siguiendo con el ejemplo planteado anteriormente relativo a la contratación de una servicio de suministro eléctrico en condiciones económicas peores que aquellas de las que se disfrutaba antes de la nueva contratación, si se concluye que en la comercialización del suministro se incurrió en deslealtad, la corrección del precio hasta situarlo en los márgenes que dicha comercialización sugería, resultaría un remedio pertinente). No obstante, el legislador español, al transponer la Directiva (UE) 2019/2161, decidió omitir la resolución del contrato y la reducción del precio como medidas correctoras, realizando una deficiente labor de incorporación del derecho europeo y dificultando el acceso a esas medidas siquiera por recurso a los remedios generales del derecho contractual[61].

Más allá de ello, la doctrina reclama que la protección del consumidor vulnerable se desplace de los deberes informativos, que se califican de sobredimensionados[62], a la fase de ejecución del contrato, lo que incluye la simplificación de los medios de reclamación [63] y ello pasa por acarrear consecuencias a la infracción de aquellos deberes adaptando el cumplimiento del contrato.

[60] X. Basozábal Arrue, *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil,* 2009, tomo LXII, fasc. II, 702, realiza una propuesta en función de los diversos intereses protegidos y atendiendo a la mejor forma de protegerlos.

[61] F. De Elizalde Ibarbia, *La Directiva 2019\2161, de Modernización del Derecho de Consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del derecho privado de la Unión Europea?*, en *Revista de Derecho Civil,* 2021, vol. 8, núm. 4, 80 y ss.

[62] Y no especialmente idóneos para combatir la vulnerabilidad asociada al contexto digital, R. Barceló Compte, *op.cit.,* 633.

[63] Palazón Garrido, María Luisa, *op.cit.,* p.219.

5. ¿La situación de vulnerabilidad es siempre oponible a la otra parte contractual?

Uno de los aspectos negativos de un enfoque dinámico o *state-based* de la vulnerabilidad del consumidor radica en la excesiva discrecionalidad interpretativa que tal enfoque atribuye al juez cuando deba resolver sobre un litigio planteado en el que dicha vulnerabilidad pueda ser una variable decisiva[64].

La posición de debilidad contractual no parece que pueda oponerse en todo caso a la contraparte profesional. Los elementos que tradicionalmente han caracterizado la vulnerabilidad tomaban en consideración cualidades plenamente identificables por la parte profesional (la edad, la discapacidad, el género, etc.).

La Directiva 2011/83/UE, en su considerando 34, ya se refirió a los consumidores especialmente vulnerables y al deber del comerciante de tener en cuenta sus necesidades especiales, pero solo en la medida en que las circunstancias que dan lugar a esa vulnerabilidad que se manifieste "de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever". Nos damos cuenta de que esa previsión o anticipación del comerciante es un elemento que necesario para que se le puedan trasladar las consecuencias negativas que la contratación haya acarreado al consumidor.

Si nos fijamos de nuevo en las normas de derecho general de los contratos orientadas al reequilibrio de asimetrías negociales, advertimos que dicha fragilidad solo puede hacerse valer se haya tipificado y en aquellos casos en los que la otra parte era conocedora de la misma o bien no podía excusablemente ignorarla[65]. El legislador español no ha previsto dicho aspecto a la hora de introducir el concepto de vulnerabilidad del consumidor en el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, pero sí lo ha hecho de manera puntual al referirse a dicha vulnerabilidad en otros contextos regulatorios y prestando especial atención a un factor concreto de vulnerabilidad, cual es la de la persona consumidora discapacitada. Así, el art. 15 del Proyecto de Ley de atención a la clientela (actualmente en trámite parlamentario), al establecer el acceso universal y no discriminatorio a tales servicios dispone que «para la correcta identificación y atención de la clientela, la empresa podrá solicitar la acreditación de la situación de discapacidad u otras circunstancias que generan una situación de vulnerabilidad para el ejercicio efectivo de los derechos recogidos en esta norma»[66]. Se ha señalado, además,

---

[64] E. Lauroba Lacasa, *op.cit.*, 95.

[65] En el contexto de las propuestas europeas de regulación del derecho de contratos, al abordar la institución de la explotación indebida (II.-7:207 DCFR) o el beneficio excesivo/ventaja injusta (4:109 PECL) se exige expresamente dicho conocimiento como presupuesto de la protección dispensada. Así, se establecen dos presupuestos: el primero, la particular situación de debilidad contractual por razón de las circunstancias concurrentes y/o del contexto negocial -dependencia de la otra parte, relación de confianza, dificultad económica u otra necesidad urgente, incapacidad de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de capacidad negociadora- y el segundo, el conocimiento efectivo o esperable (la ignorancia inexcusable) de la otra parte respecto de la situación de debilidad concurrente, en función de las circunstancias y del objeto del contrato.

[66] También en sede de protección de la vulnerabilidad en el acceso a la vivienda, el art. 10.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, establece que para obtener el beneficio previsto en la norma deberá acreditarse la situación de vulnerabilidad social y económica.

la eventual colisión de la obligación de facilitar información sobre una situación de debilidad contractual y el derecho a la intimidad de la persona.

En definitiva, la vulnerabilidad oponible tendrá que responder:

- o bien a una abstracción posible (vulnerabilidad que afecte a un segmento de la población por el hecho de reunir una condición determinada, como la edad en relación con el nivel de habilidades digitales al interactuar con una entidad financiera que excluye la atención presencial)
- o bien, tratarse de una vulnerabilidad conocida por la parte contractual profesional y que haya transcendido en el resultado económico del contrato dando lugar a unas condiciones económicas (más) perjudiciales para la parte consumidora o que, según una diligencia profesional exigible, hubiesen requerido la prestación de un consentimiento reforzado acerca de la contratación de las mismas o incluso, una adaptación.

En cuanto a la vulnerabilidad asociada a un determinado contexto de contratación, como el digital, no podrá dar lugar a una protección de carácter individualizado, puesto que se ha caracterizado como un supuesto de fragilidad inherente, salvo en aquellos casos en los que el contexto se combine o interseccione con otros factores de vulnerabilidad, ya sean situacionales o resultado de una determinada característica o estado más o menos permanente del consumidor.

6. Conclusiones.

El tratamiento legal de la especial vulnerabilidad del consumidor ha abonado un terreno contratastadamente ineficiente, cual es el de la información precontractual. Entendemos que en este aspecto, el derecho de consumo debe tomar prestadas las soluciones del derecho privado general, en particular, de instituciones como la ventaja injusta, y promover soluciones que favorezcan la adaptación del contrato.

Por otro lado, si consideramos que el contexto digital de contratación da pie a una vulnerabilidad consustancial, dada la asimetría adicional que el medio añade a la contratación que en él se desarrolla, ello iguala la posición de todos los consumidores y, por tanto, la protección vendrá dada por las normas que disciplinen el mercado en relación con un consumidor medio y solo en casos de combinación de factores de debilidad contractual que resulten oponibles al profesional, se podrá lograr una protección adicional.