

La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828

José M.ª López Jiménez

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Doctor en Derecho

Diario La Ley, Nº 9830, Sección Tribuna, 15 de Abril de 2021, Wolters Kluwer

ÍNDICE

[La protección de los consumidores y las acciones de representación una primera aproximación a la Directiva \(UE\) 2020/1828](#)

[I. Introducción](#)

[II. La Directiva \(UE\) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores](#)

[1. La protección de los consumidores y el mercado interior](#)

[2. La financiación de las entidades habilitadas y la prevención de los conflictos de intereses](#)

[3. Acciones de representación: regulación para superar los sesgos psicológicos y otras limitaciones de los consumidores](#)

[4. A vueltas con la protección del consumidor financiero](#)

[III. Conclusiones](#)

[IV. Referencias bibliográficas](#)

Comentarios

I. Introducción

Llevamos años, décadas, tratando de dispensar al consumidor la protección que se merece, como parte esencial que es —que somos— del sistema social, económico y político.

Los recientes avances legislativos y de tutela efectiva han sido notables, aunque en esta materia, susceptible de mejora cotidiana de por sí, cada vez que nos aproximamos a un aparente punto de llegada surgen nuevos retos que obligan a retomar el camino o a emprender otro nuevo.

Globalmente, el gasto de los consumidores supera los 65 billones de dólares al año, y aunque el «consumidor fue coronado rey hace más de un siglo, quedan sin explorar un sinfín de nuevos pasillos» (The Economist, 2021). La circunstancia de que el gasto en consumo representa el 54 % del PIB de la Unión Europea (Comisión Europea, 2020b, pág. 1; Comisión Europea, 2020c) muestra, en un plano más cercano, la relevancia de la cuestión y la necesidad de calibrar a conciencia, por su repercusión social y económica, las medidas que se puedan adoptar.

Algunos desafíos como los asociados a la globalización o a la digitalización ya habían sido identificados, pero la pandemia ha exacerbado la vulnerabilidad de ciertos colectivos y debilitado la posición de otros.

Un reflejo de todo lo anterior lo encontramos en la «Nueva Agenda del Consumidor» de la Comisión Europea (Comisión Europea, 2020b), cuyo subtítulo es significativo: «Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible».

Esta Nueva Agenda, que debe ponerse necesariamente en relación con la optimización del mercado interior en beneficio de los consumidores pero también de las empresas, que representan dos caras inescindibles de una misma moneda, cubre cinco ámbitos prioritarios principales como son los siguientes: (i) la transición ecológica; (ii) la transformación digital (1) ; (iii) la tutela y el respeto de los derechos de los consumidores; (iv) las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores (2) ; y (v) la cooperación internacional.

El desarrollo material y tecnológico, y la globalización —tan criticada por algunos a pesar de la imposibilidad de segregarla de nuestras vidas a no ser que estemos dispuestos a renunciar a una parte sustancial del bienestar

colectivo alcanzado (3) —, han permitido la multiplicación de los intercambios económicos —también la de la misma población— hasta límites impensables hace apenas unos años, generando oportunidades pero, igualmente, riesgos.

La Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, a la que prestaremos atención en este trabajo, parte de diversas constataciones para justificar la reorientación y la mejora técnica del régimen de estas acciones instaurado en Europa un par de décadas atrás. La Directiva entró en vigor en diciembre de 2020, y debe ser transpuesta el Día de Navidad de 2022, a más tardar, para la aplicación de los regímenes nacionales a partir del 25 de junio de 2023. Sin embargo, ya ha sido aplicada directamente en nuestro país por algún tribunal (4) .

Conforme a su considerando 1, la «globalización y la digitalización han aumentado el riesgo de que [un] gran número de consumidores se vean perjudicados por una misma práctica ilícita», lo que motiva la necesidad de disponer de medios eficaces para su protección.

En la Directiva no quedan rastros explícitos del escándalo de las emisiones contaminantes de vehículos de la marca Volkswagen (el conocido como caso «Dieselgate») (5) , pero, en la propuesta de directiva de la Comisión Europea, sí, lo que denota la importancia objetiva de esta controversia para la revisión del marco de la protección colectiva del consumidor europeo (6) .

Como novedad, la Directiva (UE) 2020/1828 zanja el debate de si las acciones de representación dan cobijo, además de a la cesación de prácticas que infringen los derechos e intereses colectivos de los consumidores, a la reparación de los daños causados (7) . Según la definición 5) del artículo 3, se entiende por acción de representación «toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores ejercitada por una entidad habilitada como parte demandante en nombre de los consumidores por la que se solicite una medida de cesación o una medida resarcitoria, o ambas».

En este contexto, la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil se ve superada por la contratación en masa industrial y posindustrial, que impide la negociación caso por caso del contenido del contrato, resultando limitada la libertad del consumidor, simplemente, a contratar o no (8) . En general, las relaciones entre las empresas y los consumidores se caracterizan por la asimetría informativa (9) . Así, las eventuales consecuencias dañosas derivadas de actos de un profesional o empresario, dado este estado de multiplicación y complejidad de las transacciones, habrían de afectar casi necesariamente a una multitud de personas, cifrable sin dificultad en cientos de miles o incluso en millones de consumidores (10) . En estas circunstancias, la tradicional protección judicial de los derechos individuales, caso por caso y con alcance limitado a las partes contratantes, es insuficiente e ineficaz (López Jiménez, 2008).

En la «Nueva Agenda del Consumidor» de la Comisión Europea (2020b, pág. 4) se señala, en consecuencia, que «A fin de mejorar la resiliencia a las prácticas de daños masivos (11) que suponen una amenaza para el interés público, las autoridades competentes deben mantener una cooperación con las partes interesadas clave, tales como las plataformas, las asociaciones empresariales, los anunciantes y las organizaciones de consumidores».

Entre las medidas identificadas por la Comisión para reforzar la tutela y el respeto de los derechos de los consumidores figuran expresamente las «acciones de representación», lo que motiva la inclusión de una referencia en la Nueva Agenda a la «Directiva relativa a las acciones de representación», que permitirá a los consumidores unir sus fuerzas. Las entidades habilitadas designadas para este fin podrán «llevar más fácilmente los casos relacionados con los intereses colectivos de los consumidores, incluso en situaciones transfronterizas, ante los tribunales o las autoridades administrativas» (Comisión Europea, 2020b, pág. 16).

Las acciones de representación para proteger a los consumidores forman parte del acervo comunitario desde hace décadas (12) , pero no cabe duda de que la Directiva (UE) 2020/1828 marca un nuevo hito en una época de transformación de nuestras sociedades, y de impulso de lo digital y de las transacciones transfronterizas, dentro y fuera de la Unión.

Con este artículo pretendemos mostrar los aspectos más llamativos, a nuestro parecer, de la Directiva (UE) 2020/1828, sin pretender, ni mucho menos, abordar su estudio detallado y sistemático, lo que requeriría un esfuerzo mucho mayor. Por ello, tras este apartado introductorio, en el apartado siguiente se prestará atención a aspectos específicos tales como la relación entre la protección de los consumidores y el mercado interior, la financiación de las

entidades habilitadas y la prevención de los conflictos de intereses, la adecuación de las acciones de representación para superar los sesgos psicológicos y otras limitaciones de los consumidores, y la protección, desde la perspectiva de las acciones de representación, de los consumidores financieros. A continuación, el artículo finaliza con la enumeración de algunas conclusiones y consideraciones.

II. La Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores

1. La protección de los consumidores y el mercado interior

Según su artículo 1.1, esta Directiva «establece normas para garantizar que en todos los Estados miembros se disponga de un mecanismo de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, al mismo tiempo que proporciona salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal. A través del logro de un alto nivel de protección de los consumidores, la presente Directiva tiene por finalidad contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de acciones de representación. A tal fin, la presente Directiva también persigue mejorar el acceso de los consumidores a la justicia».

Deliberadamente, como se ve, se busca un equilibrio entre los intereses de los consumidores y los de los empresarios, así como una repercusión favorable en el mercado interior (13) . Sin embargo, una vez más, este razonable enfoque genera cierta confusión acerca de si se pretende que la protección del consumidor se erija en un fin o en un medio para la preservación del mercado.

Obviamente, el consumidor es una pieza esencial e insustituible del mercado interior, como también es necesaria la libre y leal competencia entre los empresarios, que ensanchará las opciones de elección de los usuarios y mejorará las propuestas de contratación.

Mereciendo todos los agentes que intervienen en las relaciones de consumo, tanto por la parte de la oferta como por la de la demanda, una protección jurídica adecuada y eficaz, no cabe duda de que la posición más débil de los consumidores determina que el relato deba construirse ordenadamente y estableciendo las prioridades, lo que, a la vista del considerando 8 de la Directiva puede generar alguna duda: «La presente Directiva tiene por finalidad contribuir al funcionamiento del mercado interior y alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores [...]».

En esta línea, el considerando 10 (14) refleja este posicionamiento, mezclando dos realidades como son la económica propia del mercado interior y la más jurídica de la protección judicial o administrativa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores, a la par que muestra un cierto recelo hacia «el ejercicio abusivo» por parte de los consumidores de acciones procesales. En la propuesta de directiva (Comisión Europea, 2018, pág. 10) se manifiesta, por el contrario, que «el control de adecuación no encontró evidencia alguna de entidades habilitadas que interpongan reclamaciones infundadas en la UE en virtud de la Directiva».

En todo caso, la propia descripción del mercado interior del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, que se orienta a la instauración de un desarrollo sostenible de Europa, basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, y en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, facilita la integración de los intereses en liza y permite descartar posibles suspicacias.

2. La financiación de las entidades habilitadas y la prevención de los conflictos de intereses

Otro aspecto significativo de la Directiva es el concerniente a las fuentes de financiación de las entidades habilitadas cuando con las acciones de representación se pretenda obtener medidas resarcitorias. La mayor transparencia exigible es predicable tanto de la financiación general de su actividad como de la de acciones de representación específicas.

Se entiende por entidad habilitada «toda organización u organismo público que represente los intereses de los consumidores, que haya sido designado como tal por un Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación de conformidad con la presente Directiva» [artículo 3, definición 4)].

Para que cada entidad ejerza sus cometidos independientemente debe gozar de autonomía financiera y quedar libre de la eventual influencia de terceros, distintos de los propios consumidores, que puedan condicionar su actividad por tener un interés económico en el ejercicio o el resultado de la acción de representación. La circunstancia de que un tercero (incluidos los «fondos de inversión especulativos», expresamente mencionados en el considerando 25 de la

Directiva) financie a una entidad, evidenciará esta eventual pérdida de autonomía.

En coherencia con lo anterior, el principio general se contiene en el artículo 10.1 de la Directiva, al especificar que los Estados miembros velarán por que, cuando una acción de representación para obtener medidas resarcitorias sea financiada por un tercero, en la medida en que lo permita el Derecho nacional, «se eviten los conflictos de intereses y por que la financiación por parte de terceros que tengan un interés económico en el ejercicio o el resultado de dicha acción no aparte la acción de representación de la protección de los intereses colectivos de los consumidores».

Este principio general se concreta en dos mandatos específicos dirigidos a los Estados miembros (artículo 10.2):

- Las decisiones de las entidades habilitadas en el contexto de una acción de representación, incluidas las decisiones relativas a los acuerdos, no estarán indebidamente influidas por un tercero de un modo que resultaría perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores afectados por la acción de representación.
- La acción de representación no se ejercitará contra un demandado que sea un competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador.

Cuando, conforme a este último inciso, el financiador directo de una acción de representación sea un empresario del mismo ramo económico, lo que revelaría un conflicto de intereses más que potencial, las cautelas deberán ser aún mayores. El considerando 52, párrafo primero, de la Directiva (UE) 2020/1828 determina que «Se debe considerar que la financiación directa de una acción de representación concreta procedente de un empresario que opera en el mismo mercado que el demandado supone un conflicto de intereses, dado que el competidor podría tener un interés económico en el resultado de la acción de representación que no coincida con el interés del consumidor».

Por otra parte, el artículo 4.3 de la Directiva impone determinadas obligaciones a las entidades que pretendan ejercitar acciones de representación transfronterizas, sean de cesación o resarcitorias (15) . Entre ellas [letra f)], figura la de transparencia, esto es, la de hacer pública en términos claros y comprensibles, por cualquier medio adecuado, en particular en su sitio web, información que demuestra que la entidad cumple todos los criterios necesarios (12 meses de actividad previa, al menos; actividad orientada estatutariamente a proteger a los consumidores; no tener ánimo de lucro; ser solvente; y ser independiente), «así como información sobre las fuentes de su *financiación en general*, su estructura organizativa, su gestión y composición, su finalidad estatutaria y sus actividades» (16) .

La independencia [artículo 4.3.e)] se vincula directamente con la financiación por terceros, pues la entidad no podrá estar «influida por personas distintas de los consumidores, en particular, por empresarios, que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación, también en el supuesto de financiación por terceros, y a tal fin ha establecido procedimientos para evitar tal influencia, así como para evitar conflictos de intereses entre la propia entidad, sus financiadores y los intereses de los consumidores».

Por esta razón, el empresario demandado en una acción de representación «tendrá derecho a plantear reservas fundadas ante el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa en relación con el cumplimiento por una entidad habilitada de los criterios enumerados en el artículo 4, apartado 3» (artículo 5.4), entre los que, como hemos mostrado, se integra el de la independencia de la entidad habilitada.

El incumplimiento de uno o varios de los criterios del artículo 4.3 dará lugar a la revocación del carácter de entidad habilitada (artículo 5.4 de la Directiva).

La financiación indirecta de una acción de representación a través de donaciones, incluidas las donaciones de empresarios en el marco de iniciativas de responsabilidad social corporativa, o de proyectos de financiación colectiva, también tendrá que ser evaluada para la determinación de que se cumplen los requisitos de transparencia, independencia y ausencia de conflictos de intereses (considerando 52, párrafo segundo).

Serán las autoridades judiciales o administrativas las que deban valorar si concurren conflictos de intereses cuando se entablen acciones para obtener medidas resarcitorias y, por tanto, el planteamiento de la acción procesal puede ser abusivo. Para ello, «las entidades habilitadas comunicarán al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa un resumen financiero de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción de representación» (artículo 10.3).

La materia es compleja y puede detraer energía y recursos de las autoridades en una fase preliminar, relevante y

pertinente, pero alejada todavía del fondo del asunto y de la efectiva protección de los consumidores.

Si se confirma la existencia de un conflicto de intereses, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa, de acuerdo con el artículo 10.4, deben estar facultados para tomar las medidas adecuadas, como exigir a la entidad habilitada que rechace o modifique la financiación en cuestión y, en su caso, denegar la legitimación procesal de la entidad habilitada. Si se deniega legitimación procesal a la entidad habilitada en una determinada acción de representación, «dicha denegación no afectará a los derechos de los consumidores afectados por esa acción de representación».

La protección de los consumidores persigue un interés público, al igual que las acciones de representación, dado su carácter instrumental. Por consiguiente, la Directiva incentiva a los Estados miembros para que limiten los costes inherentes a los procedimientos judiciales o administrativos que permitan que se les dé forma (tasas, asistencia jurídica), e incluso la financiación permanente de su actividad o, específicamente, la de acciones de esta índole (artículo 20.2).

No obstante, el hecho de que una persona jurídica pública también pueda ser empresario de acuerdo con la Directiva (UE) 2020/1828 (17) supone que los conflictos de intereses también se podrán plantear en este terreno, y no solo en el de la financiación, directa o indirecta, con un componente privado.

3. Acciones de representación: regulación para superar los sesgos psicológicos y otras limitaciones de los consumidores

Es manifiesto que las acciones de representación pueden ser efectivas y eficientes, ante eventuales infracciones en masa de los derechos de los consumidores, para el cese de la actividad dañosa, para asegurar el resarcimiento de aquellos y para que se superen determinados obstáculos a los que se enfrentan los consumidores en las acciones individuales, «tales como los relativos a la incertidumbre acerca de sus derechos y acerca de los mecanismos procesales de que disponen, la reticencia psicológica a iniciar acciones (18) y el saldo negativo de los costes previstos frente a los beneficios de la acción individual» [considerando 9 de la Directiva (UE) 2020/1828; Comisión Europea, 2018, pág. 10].

Desde la perspectiva de los mecanismos procesales, la Directiva trata de encontrar un punto de equilibrio entre las iniciativas de las entidades habilitadas para plantear este tipo de acciones y el posicionamiento de los consumidores a lo largo del proceso, de modo que se puedan superar estas reticencias.

Por ello, el artículo 8.3 prescribe que para que «la entidad habilitada pueda solicitar una medida de cesación, el consumidor no estará obligado a manifestar su voluntad de estar representado por ella», como tampoco tendrá que demostrar la existencia de «pérdida, daño o perjuicio efectivo de los consumidores considerados individualmente que se vean afectados por la infracción», o el «dolo o negligencia del empresario».

En cuanto a las medidas resarcitorias, el artículo 9.2 determina que «Los Estados miembros regularán la manera y la fase de la acción de representación para obtener medidas resarcitorias en que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad, dentro de un plazo adecuado después de haberse ejercitado dicha acción de representación, de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación».

Sin embargo, en los casos con componente transfronterizo (piénsese, por ejemplo, en el «Dieselgate») «los Estados miembros velarán por que los consumidores individuales que no residan habitualmente en el Estado miembro del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa ante el que se haya ejercitado una acción de representación estén obligados a manifestar expresamente su voluntad de ser representados en dicha acción de representación a fin de quedar vinculados por el resultado de esta» (artículo 9.3).

Cuando estos consumidores individuales, al menos, estén identificados o sean identificables, se les podrá dar ocasión de pronunciarse (no se ve cómo se les puede «obligar»), aunque las dificultades se originarán cuando nos encontremos ante casos con afectados «difusos», en los que no se disponga de esta posibilidad de identificarlos y de contactar con los mismos. Por ello, el artículo 9.5 dispone que cuando una medida resarcitoria no especifique de manera individual a los consumidores que pueden beneficiarse de las soluciones que aquella proporcione, «delimitará al menos el grupo de consumidores que pueden beneficiarse de tales soluciones», lo que, evidentemente, minorará

la efectividad de medida resarcitoria que pueda recaer.

También respecto de la homologación de los acuerdos de resarcimiento alcanzados por las entidades habilitadas y los empresarios, sujetos a control jurisdiccional o administrativo, será necesario que se establezcan mecanismos que permitan a los consumidores aceptar o rechazar quedar vinculados por tales acuerdos (artículo 11.4, párrafo segundo).

4. A vueltas con la protección del consumidor financiero

Conforme al artículo 2.1, la Directiva «se aplica a las acciones de representación ejercitadas frente a actos de empresarios que infrinjan las disposiciones del Derecho de la Unión recogidas en el anexo I, incluidas las disposiciones de transposición al Derecho interno de aquellas, que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores», ya se trate de infracciones nacionales y transfronterizas.

La Directiva representa, pues, lo que se podría denominar como una segunda capa de protección, pues «no afecta a las normas del Derecho de la Unión o nacional por las que se establecen soluciones contractuales o extracontractuales a las que puedan acogerse los consumidores frente a las infracciones a que se refiere el apartado 1» (artículo 2.2).

Particular atención se presta a la preservación, entre otros, de los intereses de los usuarios de servicios financieros. Como muestra el considerando 13, «toda vez que la demanda de servicios financieros y de inversión por parte de los consumidores ha aumentado, es importante mejorar la aplicación de la normativa sobre protección de los consumidores en estos ámbitos».

En realidad, lo que se aprecia a la vista de la jurisprudencia nacional de los diversos Estados miembros y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que el tratamiento dispensado a los usuarios de servicios financieros en los últimos años —en los más cercanos a la crisis financiera de 2008, más precisamente— no ha sido el adecuado, lo que es independiente del número de operaciones formalizadas o de las transacciones ejecutadas.

Aunque en ocasiones se emplea el concepto de «consumidor financiero» (19) , la determinación legislativa, de alcance general, de a qué usuarios de servicios financieros (20) se les aplica la normativa de protección de consumidores para prevenir las cláusulas y las prácticas abusivas sigue siendo una asignatura pendiente. Como alternativa, también cabría el establecimiento de un estatuto general aplicable a todo tipo de usuarios financieros, sean consumidores o no, tarea que tampoco ha sido acometida.

Por ello, tratar de dar una respuesta a esta problemática con base en las acciones colectivas puede ser una medida insuficiente. Estas dificultades, en el ámbito de los clientes de servicios financieros de la Unión, se aprecian con nitidez en el considerando 14 de la Directiva (UE) 2020/1828 y en el listado de las heterogéneas disposiciones recogidas en su anexo I (21) : «La presente Directiva debe aplicarse a las infracciones de las disposiciones del Derecho de la Unión que se recogen en el anexo I, en la medida en que esas disposiciones protejan los intereses de los consumidores, independientemente de si se hace referencia a ellos como consumidores [...], clientes, inversores minoristas, clientes minoristas, [...] o de otro modo. No obstante, la presente Directiva solo debe proteger los intereses de las personas físicas que se hayan visto o puedan verse perjudicadas por dichas infracciones, si esas personas pueden considerarse consumidores con arreglo a la presente Directiva» (22) .

III. Conclusiones

El análisis desarrollado nos permite poner de relieve las siguientes conclusiones y consideraciones:

- i. Aunque la mejora de la protección de los consumidores en los últimos años es patente, el reforzamiento de su posición sigue siendo necesario, a la vista de la materialización de riesgos ya conocidos y la aparición de otros vinculados a la globalización, a la transformación digital, al auge del comercio electrónico e, incluso, a la crisis sanitaria y al cambio climático.
- ii. La «Nueva Agenda del Consumidor» de la Comisión Europea, aprobada a finales de 2020, establece las nuevas prioridades para preservar los derechos y los intereses de los consumidores, identificando, en lo sustancial, los aspectos mencionados en el punto anterior.
- iii. La multiplicación de los intercambios económicos y la posibilidad de que con una conducta o práctica empresarial se puedan irrogar daños a una multitud de consumidores, determinada, determinable o difusa en cuanto a la identificación de cada uno de los particulares afectados, provoca la insuficiencia y la

ineficiencia de las acciones judiciales o administrativas individuales.

iv. Las acciones colectivas para la defensa de los consumidores se introdujeron en el acervo comunitario en 1998 y fueron revisadas en 2009, aunque casos recientes como el «Dieselgate» han acelerado la necesidad de su revisión para su mejora técnica en beneficio, especialmente, de los consumidores.

v. La Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, cuyas normas de transposición nacionales deben ser efectivas en junio de 2023, mejora técnicamente la regulación de 2009, y resuelve en sentido afirmativo la cuestión controvertida de si las acciones de representación pueden comprender, además de la cesación de prácticas empresariales lesivas, la reparación de los daños causados a un conjunto de consumidores.

vi. La Directiva (UE) 2020/1828 persigue la protección del consumidor, aunque, en línea con otras disposiciones de la Unión Europea, las referencias al mercado interior pueden originar dudas acerca de cuál de estas dos realidades debe merecer una protección prioritaria.

Consideramos que esta aparente dicotomía es artificiosa, a la vista de lo establecido en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, que determina la orientación del mercado interior a un desarrollo sostenible, basado en un crecimiento económico equilibrado y en una economía social de mercado altamente competitiva. Este enfoque permitiría integrar armónicamente en el mercado interior a los empresarios y a los consumidores, sin perder de vista la mayor debilidad de estos últimos —y, por tanto, la necesidad de una protección más robusta—.

vii. Las entidades habilitadas para representar a los consumidores deberán guiarse en su constitución y funcionamiento por estrictos criterios de independencia, incluida la autonomía financiera. La carga que la Directiva atribuye a las autoridades judiciales o administrativas para que valoren si, en cada caso concreto, concurren conflictos de intereses puede ser excesiva, dada la complejidad de la materia, y de la financiación por terceros, específicamente.

viii. Es una realidad constatada que en numerosas ocasiones los consumidores no recurren a los mecanismos colectivos de resolución de controversias por presumir que los costes superarán a los beneficios esperados, en términos económicos pero también de desgaste personal, así como por, simplemente, una reticencia psicológica a tomar parte en estas acciones. En cuanto a estos últimos obstáculos, particularmente, la Directiva trata de arbitrar mecanismos para su remoción y superación, pero tenemos la impresión de que se podría haber obtenido un mayor partido de las enseñanzas de la psicología orientadas a la elaboración de políticas públicas y a la toma de decisiones por los ciudadanos.

ix. En lo que concierne a la protección colectiva de los usuarios de servicios financieros, esta realidad se contempla expresamente por la Directiva aunque, a efectos prácticos, ni se ha avanzado en la definición del «estatuto del consumidor financiero» ni en la efectividad de su protección ante infracciones que afecten a una pluralidad de usuarios.

IV. Referencias bibliográficas

Comisión Europea (2016): «Behavioural Insights Applied to Policy», European Report 2016.

Comisión Europea (2018): «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE», COM(2018) 184 final, 11 de abril.

Comisión Europea (2020a): «El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM(2020) 456 final, 27 de mayo.

Comisión Europea (2020b): «Nueva agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, COM(2020) 696 final, 13 de noviembre.

Comisión Europea (2020c): «Nueva agenda del consumidor. Medidas en 2020-2025 para proteger a los consumidores europeos», ficha informativa, noviembre.

Comité Económico y Social Europeo (2019): Dictamen sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 715/2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos», COM(2019) 208 final — 2019/0101 (COD), 25 de septiembre, DOUE de 15 de enero de 2020.

Díez-Picazo, L, y Gullón, A. (1995): «Sistema de Derecho Civil», vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid.

Domínguez Martínez, J. M., y López Jiménez, J. M.^a (2018): «La utilidad de la psicología financiera para la educación financiera: análisis de un ejercicio práctico», Edufinet (edufinet.com), EdufiAcademics.

El País (2021): «La crisis del canal de Suez da la puntilla al comercio internacional», 28 de marzo.

Kahneman, D. (2013): «Pensar rápido, pensar despacio», Debolsillo, Barcelona.

López Jiménez, J. M.^a (2008): «Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores», Diario La Ley, núm. 6.852, 2 de enero.

López Jiménez, J. M.^a (2015): «Volkswagen: deficiencias de gobernanza y el ocaso de los dioses», blog «Todo Son Finanzas» (todosonfinanzas.com), 25 de septiembre.

López Jiménez, J. M.^a (2019a): «Consideraciones generales sobre el mercado hipotecario y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», coord. López Jiménez, J. M.^a, Wolters Kluwer, Bosch, Madrid.

López Jiménez, J. M.^a (2019b): «Código Civil, contratación financiera y transformación digital», Diario La Ley, núm. 9.510, 4 de noviembre.

OCDE (2005): «Recommendation on Principles and Good Practices for Financial Education and Awareness», julio.

OCDE (2020): «Recommendation of the Council on Financial Literacy», octubre.

Thaler, R. H. (2016): «Misbehaving. The Making of Behavioral Economics», W.W. Norton & Company, New York-London.

The Economist (2021): «21st-century consumers will change capitalism for the better», 13 de marzo.

(1) Los dos primeros objetivos (sostenibilidad ecológica y digitalización) coinciden plenamente con los de la Comisión, contenidos en lo esencial a este respecto en el «Pacto Verde Europeo» y en el Plan «Next Generation EU», para superar los retos climático y sanitario, y para cimentar la recuperación. Según la Comisión (Comisión Europea, 2020a, págs. 7 y 8), «El Pacto Verde Europeo es la estrategia de crecimiento de Europa. Para asegurarnos de aprovechar todo su potencial, es fundamental que Next Generation EU sea el motor de nuestra sostenibilidad competitiva»; además de ofrecer seguridad a largo plazo, «la recuperación verde también debe ayudar a relanzar la economía europea de forma rápida y a nivel local».

(2) 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, se inspira directamente en la «Nueva Agenda del Consumidor». Según el preámbulo del Real Decreto-ley, «se significa que la normativa europea conmina a proteger a las personas consumidoras vulnerables, no solo en relación con aspectos económicos, como tradicionalmente se ha hecho en la normativa sectorial, sino también en relación con aquellas otras circunstancias, tales como por ejemplo la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, las personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia, las víctimas de violencia de género, las familias monoparentales, las personas desempleadas, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas enfermas, las minorías étnicas o lingüísticas, las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, la población migrante o solicitante de protección internacional, así como las personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión, o cualesquiera otras circunstancias que puedan incidir, generando desventaja, en sus relaciones de consumo».

Tratándose de un planteamiento legítimo, la mayor dificultad para su efectividad residirá en cómo se articula por parte de las empresas oferentes de bienes y servicios un tratamiento diferenciado y *ad hoc* para cada uno de estos colectivos vulnerables, por la necesaria adecuación de sus procedimientos y contratos, y por la obligación, probablemente, de allegar recursos para ello en una época de escasez económica como la actual. La pandemia ha evidenciado que si los consumidores vulnerables merecen protección, una ingente cantidad de empresarios y profesionales, de los más diversos tamaños, se encuentran en idéntica situación.

(3) Las compras a vendedores de fuera de la Unión Europea aumentaron del 17 % en 2014 al 27 % en 2019 (Comisión Europea, 2020c). Con ocasión de la reciente crisis del canal de Suez, desde la Organización Mundial del Comercio se ha indicado, por ejemplo, que la vacuna contra el coronavirus de Pfizer tiene 280 componentes que proceden de 19 países distintos, de modo que si el suministro de alguno de esos componentes se atrasara o se frenara significativamente, la fabricación de la vacuna se paralizaría (El País, 2021).

(4) Es el caso de la sentencia n.º 36/2021, de 25 de enero de 2021, del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sección Primera: «Habida cuenta de que en la fecha en que se dicta la presente resolución la Directiva [2020/1828] ya está vigente, nace para el Juez nacional una obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a la Directiva, incluso aunque no haya concluido el plazo de transposición, desde su misma entrada en vigor. La directiva posee un valor interpretativo desde su notificación o publicación y antes de que expire el período de transposición, y puede desplegar un efecto anticipación por la vía hermenéutica».

- (5) En septiembre de 2015 salió a la luz que este grupo automovilístico «había fabricado y vendido vehículos en los que había introducido una aplicación informática que manipulaba los ensayos de laboratorio destinados a controlar las emisiones de gases de los automóviles» (Comité Económico y Social Europeo, 2019). Para más detalle, véase López Jiménez (2015).
- (6) «Por ejemplo, en un escenario como el del "Dieselgate", las víctimas de prácticas comerciales desleales, como la publicidad engañosa por parte de los fabricantes de coches, podrán obtener medidas correctoras colectivamente a través de una acción de representación en el marco de la presente propuesta, aunque el marco regulatorio de la Unión para la homologación de vehículos no esté regulado como tal por el anexo I. Este recurso colectivo no estaba previsto antes en el Derecho de la Unión» (Comisión Europea, 2018, pág. 7).
- (7) Según la propuesta de directiva (Comisión Europea, 2018, págs. 9 y 10), «No siempre está claro si la Directiva también cubre la reparación de los consumidores como medida destinada a eliminar los efectos continuados de la infracción. Esta incertidumbre se considera de manera generalizada una razón fundamental de su insuficiente eficacia. Los consumidores no pueden utilizar la orden de cesación para obtener una reparación, sino que deben interponer una demanda de reparación por los mismos motivos, demostrando de nuevo la infracción».
- (8) Díez-Picazo y Gullón (1995, pág. 77) muestran que en los contratos de adhesión propios de la contratación en masa, el empresario «establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan. Su característica más importante es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas». Ante la oscuridad de estas cláusulas impuestas por los empresarios, en nuestro país se ha aplicado habitualmente la regla interpretativa «in dubio contra stipulatorem» del artículo 1.288 del Código Civil, que, con todo, se ha mostrado insuficiente.
- Ante esta oscuridad se ha abierto paso la doctrina jurisprudencial de la «transparencia material». Es paradigmático el caso de la sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a tipo variable, que fue objeto de enmienda parcial en cuanto al efecto devolutivo de la declaración de nulidad por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), al interpretar el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de la que trae origen la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Precisamente, en esta sentencia del Tribunal Supremo encontramos expuesta, al margen de otras resoluciones del Alto Tribunal que simplemente la anticiparon sin desarrollarla tan exhaustivamente, la doctrina de la «transparencia material», que, en síntesis, propugna que el consumidor tenga a su disposición toda la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica que le supondrán las obligaciones derivadas del contrato (López Jiménez, 2019b).
- (9) Véase el considerando 68, por ejemplo, de la Directiva (UE) 2020/1828.
- (10) Por ejemplo, respecto del caso «Dieselgate», según lo reconocido por la propia compañía fabricante, el número de vehículos afectados por las irregularidades ascendería a cerca de 11 millones de vehículos a nivel mundial (Comité Económico y Social Europeo, 2019).
- (11) La Comisión Europea también constata la mayor vulnerabilidad de amplios grupos de población ante las «estafas en línea», que también pueden originar sin dificultad daños masivos. En comparación con 2009, el porcentaje de compradores en línea casi se ha duplicado, pasando del 32 % al 60 % (Comisión Europea, 2020c).
- (12) La materia fue desarrollada por la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y por la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.
- (13) En la propuesta de directiva de 2018 (Comisión Europea, 2018, pág. 15) se determina que «La propuesta establece un equilibrio entre los intereses colectivos de los consumidores y los derechos de los comerciantes en las acciones de representación, teniendo plenamente en cuenta los requisitos relacionados con la libertad de empresa (artículo 16 de la Carta)». De este modo, quedan salvaguardados los consumidores (artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), incluido su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47), y los empresarios (artículo 16, citado, de la Carta). En nuestra Constitución estas referencias serían a los artículos 51 (protección del consumidor), 24 (tutela judicial efectiva) y 38 (libertad de empresa).
- (14) Considerando 10 de la Directiva (UE) 2020/1828: «Es importante garantizar el equilibrio necesario entre mejorar el acceso de los consumidores a la justicia y proporcionar a los empresarios salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal, lo que obstaculizaría injustificadamente la capacidad de las empresas para ejercer su actividad en el mercado interior».
- (15) Los Estados miembros podrán decidir que estos criterios «se apliquen también a la designación de entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación nacionales» (artículo 3.5).
- (16) La cursiva es nuestra.
- (17) Es empresario «toda persona física o persona jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en nombre o en representación de aquella, con fines relacionados con su propia actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» [artículo 3, apartado 2), de la Directiva]. Del propio concepto se deriva que echamos en falta una mención final a la prestación de servicios o la oferta de bienes por las personas jurídicas públicas, por las especialidades que puedan resultar de su peculiar régimen jurídico.
- (18) La Comisión Europea, consciente de la relevancia de estos procesos psicológicos, viene prestando atención a cómo los consumidores procesan la información y toman decisiones cotidianas, poniendo este caudal de conocimiento a disposición de las autoridades encargadas de desarrollar políticas públicas. Véase la página web de la Comisión, apartado «Behavioural research», accesible en el siguiente enlace:

https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection/evidence-based-consumer-policy/behavioural-research_en. Para más detalle, nos remitimos a Comisión Europea (2016).

Últimamente se aprecia un creciente interés por la psicología orientada a la toma de decisiones, particularmente tras el otorgamiento en 2017 del Premio Nobel de Economía a Richard Thaler (con el antecedente del mismo Premio otorgado al psicólogo Daniel Kahneman en 2002), y por la arquitectura, la estructura y el entorno de la toma de decisiones. Nos remitimos a Kahneman (2013) y Thaler (2016).

Un estudio sobre cómo determinados sesgos cognitivos condicionan la toma de decisiones, en general, y la toma de decisiones financieras, en particular, se puede encontrar en Domínguez y López (2018).

(19) Por ejemplo, la educación financiera se describe, según la OCDE (2005), como «el proceso por el que los inversores y *consumidores financieros* mejoran su comprensión de los productos financieros, conceptos y riesgos y, a través de la información, la enseñanza y/o el asesoramiento objetivo, desarrollan las habilidades y confianza precisas para adquirir mayor conciencia de los riesgos y oportunidades financieras, tomar decisiones informadas, saber dónde acudir para pedir ayuda y tomar cualquier acción eficaz para mejorar su bienestar financiero» (la cursiva es nuestra). En la recomendación de la OCDE (2020) que redefine el concepto de educación financiera se suprime esta mención explícita al consumidor financiero.

La educación financiera ha encontrado acogida expresa tanto en la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, como en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (véase el apartado 1 de la disposición adicional tercera de esta última) (López Jiménez, 2019a, pág. 30).

(20) Naturalmente, entre los usuarios de estos servicios podemos encontrar particulares que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, y personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (artículo 1, párrafos primero y segundo, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

(21) En relación con la prestación de servicios financieros, algunas de las disposiciones más representativas recogidas en el anexo I de la Directiva son las siguientes:

- Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.
- Directiva 2009/110/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades.
- Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.
- Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros.
- Directiva (UE) 2015/2366, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior.
- Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros.

(22) Según el artículo 3, apartado 1), de la Directiva (UE) 2020/1828, es consumidor «toda persona física que actúe con fines ajenos a su propia actividad comercial, negocio, oficio o profesión».