EL NUEVO DERECHO DIGITAL

I. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

FERNANDO GÓMEZ POMAR
IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN
(Directores)

EL NUEVO DERECHO DIGITAL

I. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

PRIMERA EDICIÓN

Autores por orden de contribución

FERNANDO GÓMEZ POMAR
IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN
PAULA MORA GARCÍA
CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE
RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI
ESTHER ARROYO AMAYUELAS
ROSA MILÀ RAFEL
MARIAN GILI SALDAÑA
ALICIA AGÜERO ORTIZ
MIREIA ARTIGOT GOLOBARDES

CÁTEDRA FUNDACIÓN RAMÓN ARECES DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

frA | FUNDACIÓN RAMÓN ARECES

ARANZADI

© Gómez Pomar, Fernando y Fernández Chacón, Ignacio, (Directores), 2024
© **Editorial Aranzadi, S.A.U.**

Editorial Aranzadi, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
https://www.aranzadilaley.es

Primera edición: 2024
Depósito Legal: M-20117-2024
ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1391-153-3
ISBN versión electrónica: 978-84-1391-152-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Printed in Spain

Proyecto de Investigación del Ministerio dentro de cuyos resultados se enmarca la obra, con los siguientes datos: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Responsabilidad contractual y extracontractual de las plataformas en línea» (PID2021-126354OB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE).

© Editorial Aranzadi, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

Página

I

LA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2019/770/UE Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

FERNANDO GÓMEZ POMAR
IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN 27

I. Los problemas contractuales del entorno digital 28
II. Los motivos de la Directiva 2019/770/UE: base competencial y nivel de armonización instaurado 40
III. La transposición de la directiva 2019/770/UE en el Derecho español 57
IV. Oportunidad, estructura y contenido de la obra 64
V. Bibliografía 69

II

DEFINICIONES APLICABLES EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

PAULA MORA GARCÍA 79

I. Introducción 79
II. Contenidos digitales 80

Página

III. Servicios digitales 85
IV. Bienes con elementos digitales 91
V. Empresario 94
VI. Consumidor 96
VII. Datos personales 98
VIII. Precio 102
IX. Entorno digital 104
X. Integración 106
XI. Interoperabilidad y compatibilidad 108
XII. Funcionalidad 110
XIII. Soporte duradero 113
XIV. Bibliografía 114

III

CARACTERIZACIÓN Y RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN 121

I. Introducción 122
II. Sujetos intervinientes 124

1. *Empresario: rol asignado a las plataformas intermediarias* 125
2. *Consumidor: contratos con doble finalidad, personas jurídicas y entes sin personalidad* 135

III. Objeto del contrato 151

1. *Contenidos digitales excluidos* 153
2. *Servicios digitales excluidos* 156
3. *Soporte utilizado para la transmisión o acceso a los contenidos y servicios digitales: incidencia en el objeto, naturaleza jurídica y reglas aplicables al contrato celebrado* 167

Página

4. Casuística particular de los bienes con elementos digitales 187

4.1. Criterios para determinar el régimen aplicable a la adquisición de los bienes con elementos digitales ... 190

4.2. Diferenciación de los contratos mixtos y accesorios o complementarios 199

4.3. Responsabilidad por los daños causados por los contenidos y servicios digitales suministrados, incorporados o interconectados 209

IV. «Contraprestación»: el suministro a cambio de datos personales 222

1. Requisitos de los datos facilitados 227

2. Problemas de interacción entre el reglamento de protección de datos y la directiva de suministro 239

2.1. Validez del consentimiento contractual en el suministro a cambio de datos personales 239

2.2. Impronta de los derechos reconocidos en el Reglamento de protección de datos en el devenir del contrato 248

V. Bibliografía 254

IV

LA OBLIGACIÓN DEL SUMINISTRO DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES ADQUIRIDOS Y MEDIDAS CORRECTORAS POR INCUMPLIMIENTO DEL SUMINISTRO

CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE 279

I. Del intercambio de bienes al suministro de contenidos 280

II. La obligación de suministro de contenidos o servicios digitales 286

Página

1. Las reglas sobre suministro de contenidos y servicios digitales en la directiva 287

1.1. Entrega inmediata tras la conclusión del contrato . . . 287

1.2. Reglas especiales para la entrega del soporte material . . 289

1.3. Puesta a disposición del consumidor 294

1.4. Responsabilidad del empresario 296

1.5. Carga de la prueba de la entrega 299

1.6. Medidas correctoras del incumplimiento de la obligación de suministro 302

2. Una regulación asimétrica e incompleta 308

2.1. La ausencia de recepción por parte del consumidor y el plazo para comunicar la falta de suministro 309

2.2. La obligación de pago del precio 312

2.3. El retraso en el suministro y la transmisión de los riesgos 314

2.4. La imposibilidad sobrevenida de suministro 316

3. La responsabilidad de las plataformas digitales 317

III. El suministro de contenidos o servicios digitales en derecho español 321

1. El suministro de contenidos y servicios digitales en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios 322

1.1. Suministro de contenidos y servicios digitales que no se presten en soporte material 323

1.2. Suministro de contenidos digitales en un soporte material 326

2. El suministro de contenidos y servicios digitales en el derecho catalán de contratos 328

IV. Bibliografía 331

Página

V

LA CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS SOBRE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

FERNANDO GÓMEZ POMAR 337

I. Introducción: el régimen de conformidad aplicable en España a los contenidos y servicios digitales 338

II. La conformidad con el contrato como solución jurídica a un problema económico-contractual 341

1. Las diferencias de información en el contrato 342

2. Para qué sirve la garantía de conformidad 347

III. Cuestiones generales de la noción de conformidad en los contratos sobre contenidos y servicios digitales 352

1. La conformidad en el panorama comparado 352

2. Ámbito general y dimensiones de la conformidad en los contratos sobre contenidos y servicios digitales 356

3. Falta de conformidad y rechazo del suministro 373

IV. La determinación de la conformidad 375

1. Los criterios subjetivos de conformidad: el ajuste a lo pactado en el contrato 388

2. Los criterios objetivos de conformidad 401

2.1. Los fines a que normalmente se destinan 403

2.2. La versión de prueba 404

2.3. Accesorios e instrucciones 406

2.4. Las legítimas expectativas del consumidor y las declaraciones públicas atribuibles al empresario 407

2.5. La vertiente dinámica: las actualizaciones necesarias para la conformidad 422

2.6. El riguroso esquema de exclusión de los criterios objetivos de conformidad 432

Página

V. Integración de los contenidos y servicios digitales y conformidad 444
VI. Breve recapitulación 450
VII. Bibliografía 452

VI

CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI 465

I. Ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 y relaciones con otros instrumentos de Derecho de la UE 466

1. El objeto de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales 466

1.1. Los servicios digitales 467

1.2. Los contenidos digitales, en particular los contenidos en línea 470

2. La causa de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales 473

II. Contenidos y servicios digitales y propiedad intelectual 476

1. La protección por la propiedad intelectual del objeto de los contratos de contenidos y servicios digitales 476

2. El suministro de contenidos y servicios digitales desde la óptica de la propiedad intelectual 479

III. Derecho del consumo y derecho de la propiedad intelectual . 485

IV. La comercialización de contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital 487

1. La «contractualización» de los límites a los derechos de autor . . 487

Página

2. Las medidas tecnológicas de protección: la «comodificación» de la propiedad intelectual 489

3. Las medidas tecnológicas de protección y los límites a los derechos de propiedad intelectual 492

V. Restricciones de uso por limitaciones impuestas por el titular de derechos de propiedad intelectual y falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales 497

VI. Vulneración de derechos de propiedad intelectual de terceros y falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales 503

VII. Bibliografía 508

VII

LOS PLAZOS DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LOS REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD

ESTHER ARROYO AMAYUELAS 511

I. Introducción 512

II. El planteamiento general de la directiva 99/44 513

III. el elemento temporal en la negociación simultánea de las directivas 2019/770 y 2019/771 514

1. Los contenidos digitales autónomamente considerados 515

1.1. El plazo de responsabilidad del empresario 515

1.2. Plazo de inversión de la carga de la prueba 518

1.3. El plazo de prescripción de la reclamación 519

2. Los contenidos digitales incorporados en bienes 521

2.1. Sobre la ubicación normativa de los contenidos digitales incorporados en bienes 522

2.2. Plazo mínimo de dos años de responsabilidad del vendedor 523

Página

2.3. Presunción de falta de conformidad e inversión de la carga de la prueba durante el plazo mínimo imperativo de un año 526
2.4. Plazos de prescripción 527
3. Los plazos en las actualizaciones 528
IV. El resultado 529
1. A propósito de los modelos de negocio 530
2. Un efecto armonizador limitado 532
2.1. Plazos de responsabilidad y otros plazos 533
2.2. Plazos para las actualizaciones 534
3. Valoración general 535
3.1. ¿Por qué plazos de garantía? 535
3.2. ¿Y por qué esos plazos? 535
3.3. Los plazos de garantía y de prescripción interactúan de forma distinta en ambas directivas 536
3.4. Expectativas razonables, en lugar de plazos 537
V. La transposición de las directivas en los ordenamientos jurídicos nacionales 537
1. La distinción entre plazos de garantía legal y plazos de prescripción 537
2. ¿durante cuánto tiempo responde el vendedor/proveedor? 538
2.1. Bienes con elementos digitales 538
2.2. Contenidos/servicios digitales no incorporados en bienes 541
3. La suspensión del plazo de responsabilidad 543
3.1. Las limitadas causas de suspensión 543
3.2. La generalización a todo tipo de contratos 544

Página

3.3. El plazo suspendido por la puesta en conformidad ¿desde cuándo y hasta cuándo? 545
3.4. Los efectos de la suspensión 545

4. Pactos sobre el alargamiento o acortamiento del plazo 548

5. El momento en que se debe apreciar la falta de conformidad de los bienes con contenidos digitales 549

5.1. La entrega del bien y la accesibilidad de los contenidos 550
5.2. La completa instalación del contenido digital 552

6. La preexistencia de la falta de conformidad y la inversión de la carga de la prueba 553

6.1. La presunción y el alcance de la inversión de la carga de la prueba 553
6.2. Los plazos durante los que se invierte la carga de la prueba 558

A) Bienes con contenidos digitales 558
B) Contenidos/servicios digitales 560

7. Actualizaciones 561

7.1. ¿Durante cuánto tiempo se deben las actualizaciones? 561
7.2. Las actualizaciones que son defectuosas o incompletas 565

8. La notificación de la falta de conformidad 567

9. Plazos de prescripción/caducidad de los derechos del comprador . 568

9.1. Previo 568
9.2. Contexto 569
9.3. Plazos de prescripción, en lugar de plazos de responsabilidad 569

A) La fijación del *dies a quo* 570

Página

B) *Dies a quo* objetivo 571
C) *Dies a quo* subjetivo 572

9.4. La combinación de los plazos de responsabilidad y de prescripción 573
9.5. Acortamiento por pacto del plazo de prescripción .. 576

10. Las particularidades de la falta de conformidad jurídica 577

10.1. Generalidades 578
10.2. Momento relevante para apreciar la falta de conformidad 579
10.3. La responsabilidad del vendedor/empresario no exige que el tercero ejercite su derecho dentro de los plazos de garantía 579

VI. Reflexiones finales 580
VII. Bibliografía 581

VIII

REMEDIOS ASOCIADOS A LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

ROSA MILÀ RAFEL 591

I. Introducción 593
II. Remedios asociados a la falta de conformidad: cuestiones generales 595

1. Enumeración de los remedios asociados a la falta de conformidad 595

1.1. Remedios armonizados: puesta en conformidad, reducción del precio y resolución del contrato 595
1.2. Remedios no armonizados: indemnización por daños y perjuicios y suspensión del pago del precio ... 597

Página

2. Jerarquía de los remedios por falta de conformidad 599

2.1. Armonización plena de la jerarquía de remedios por falta de conformidad 599

2.2. Discusión sobre la necesidad de la jerarquía de remedios: introducción de la letra d) en el artículo 14.4 DCD 602

3. Notificación de la falta de conformidad y ejercicio de los remedios 606

4. Compatibilidad de los remedios por falta de conformidad con las acciones basadas en el derecho general de contratos 609

4.1. Ámbito de armonización de la DCD y relaciones con el derecho contractual general de los Estados miembros (artículo 3.10 y considerando 12 DCD) 609

4.2. Compatibilidad de los remedios por falta de conformidad del TRLGDCU con los remedios previstos en el derecho contractual general 613

A) Incompatibilidad con las acciones de saneamiento previstas en el Código Civil (artículo 116, párrafo 1.º, TRLGDCU) 613

B) Compatibilidad con los remedios generales frente al incumplimiento del Código civil (artículo 1124 CC) 615

III. Puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales 618

1. Derecho del empresario a escoger la forma específica de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad 619

2. Reglas aplicables a la puesta en conformidad 620

2.1. En un plazo razonable 621

2.2. Gratuidad 624

2.3. Sin mayores inconvenientes para el consumidor 627

3. Límites de la puesta en conformidad 629

Página

3.1. Imposibilidad 629
3.2. Costes desproporcionados 631

IV. Reducción del precio y resolución del contrato 633

1. Consideraciones generales 633
2. Supuestos en los que el consumidor puede exigir los remedios de segundo nivel 634

2.1. Imposibilidad o desproporción de costes de la puesta en conformidad 636
2.2. Falta de puesta en conformidad en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes . . 638
2.3. Aparición de cualquier falta de conformidad, después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad 639
2.4. Gravedad de la falta de conformidad 642
2.5. Fracaso anticipado de la puesta en conformidad 646

3. Reducción del precio 649

3.1. Consideraciones generales 649
3.2. Cálculo de la reducción del precio 650

A) Regla general 652
B) Regla especial para los contenidos o servicios digitales que se suministran de forma continua a lo largo del tiempo 653

3.3. Relación con la indemnización por daños y perjuicios 654
3.4. Ejercicio y efectos 655

4. Resolución del contrato por falta de conformidad 658

4.1. Introducción 658
4.2. Requisitos de la resolución del contrato por falta de conformidad 660

Página

A) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio 660
B) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales 665

4.3. Alcance del derecho de resolución 666

A) Suministro de múltiples contenidos o servicios digitales en virtud de un único contrato y falta de conformidad que afecta a alguno o algunos de ellos . . . 666
B) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período y falta de conformidad que afecta a un período de tiempo determinado 668

5. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario 669

5.1. Introducción 669
5.2. Plazos de reembolso 670
5.3. Modalidades de reembolso 672

V. Suspensión del pago del precio 673

1. Ausencia de armonización de la suspensión del pago del precio en la DCD 673
2. Reconocimiento del derecho a suspender el pago del precio en caso de falta de conformidad en el TRLGDCU y en el CCCat . . . 676

2.1. Suspensión del pago del precio en el TRLGDCU 676
2.2. Suspensión del pago del precio en el CCCat 678

3. Análisis de la suspensión del pago del precio en el TRLGDCU . 679

3.1. Incumplimiento que permite activar la suspensión del pago del precio: falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales 679
3.2. Obligaciones del empresario respecto de las cuales puede ejercerse el derecho de suspensión. Compatibilidad de la suspensión con el resto de remedios 681

Página

3.3. Alcance de la suspensión del pago del precio 684

A) Suspensión total o parcial del pago del precio .. 684

B) Suspensión total o parcial, en la medida justificada por el incumplimiento del empresario 687

C) La suspensión procede incluso si la falta de conformidad es leve o de escasa importancia 689

3.4. Ejercicio y efectos 691

A) Ejercicio 691

B) Efectos 694

VI. Indemnización por daños y perjuicios 695

1. Ausencia de armonización de la indemnización por daños y perjuicios por falta de conformidad en la DCD 695

2. Indemnización por daños y perjuicios en el TRLGDCU y el CCCat 700

2.1. Reconocimiento del derecho a una indemnización por daños y perjuicios en caso de falta de conformidad 700

2.2. Compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con el resto de remedios 701

2.3. Régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios 702

VII. Bibliografía 706

IX

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

MARIAN GILI SALDAÑA 713

I. Introducción 714

Página

II. Resolución del contrato por falta de suministro de los contenidos o servicios digitales 728

1. Incumplimiento de la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales 729

2. Incumplimiento de la obligación de entrega del soporte material que sirve de portador del contenido digital 733

III. Resolución del contrato de suministro por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato . . . 735

1. Puesta en conformidad imposible o desproporcionadamente costosa 737

1.1. Puesta en conformidad imposible 738

1.2. Puesta en conformidad desproporcionadamente costosa 740

2. Imposibilidad de poner en conformidad en un plazo razonable y de forma gratuita y sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario 741

3. Aparición de una falta de conformidad tras el intento de poner en conformidad 742

4. Falta de conformidad grave 744

5. No puesta en conformidad anticipada o previsible 749

IV. Resolución del contrato de suministro por modificación de los contenidos o servicios digitales que afecta negativamente a su acceso o uso 751

1. Modificación de los contenidos o servicios digitales: requisitos . . 753

2. Resolución del contrato de suministro por modificación de los contenidos o servicios digitales: requisitos y efectos 755

3. Excepción al derecho del consumidor o usuario a resolver el contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales . . . 756

V. El funcionamiento del remedio resolutorio por falta de conformidad en la directiva 2019/770 y el TRLGDCU (i): presupuestos para el ejercicio de la facultad resolutoria 757

Página

1. Declaración del consumidor o usuario manifestando su voluntad de resolver el contrato 758

2. Falta de conformidad no leve o de escasa importancia 763

2.1. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con precio 763

2.2. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con datos personales 766

2.3. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con precio y datos personales (contratos mixtos) 766

VI. El funcionamiento del remedio resolutorio por falta de conformidad en la directiva 2019/770 y el TRLGDCU (ii): efectos de la resolución del contrato 767

1. Obligaciones y derechos del empresario 769

1.1. Obligaciones del empresario respecto del precio y otros importes pagados por el consumidor o usuario 769

A) Obligación de reembolsar los importes pagados con arreglo al contrato 769

B) Obligación de reembolsar el precio pagado en los contratos de suministro de bienes o servicios digitales por tiempo determinado 772

1.2. Deber del empresario de cumplir con las obligaciones en materia de protección de datos 773

1.3. Obligaciones del empresario respecto de los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales 775

A) Obligación de abstenerse de utilizar los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados por el consumidor o usuario 775

Página

B) Obligación de poner a disposición del consumidor o usuario los contenidos distintos de los datos personales proporcionados o creados al utilizar los contenidos o servicios digitales 777

1.4. Derecho del empresario a impedir el uso de los contenidos o servicios digitales con posterioridad a la resolución 780

2. Obligaciones y derechos del consumidor o usuario 781

2.1. Obligación del consumidor o usuario de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales 782

2.2. Obligación del consumidor o usuario de abstenerse de poner los contenidos o servicios digitales a disposición de terceros 783

2.3. Obligación del consumidor o usuario de devolver el soporte material que sirve de portador del contenido digital 783

2.4. Derecho del consumidor o usuario a no pagar por el uso previo a la resolución en los contratos de suministro por tiempo determinado 786

VII. Bibliografía 786

X

DERECHO DE REPETICIÓN DEL EMPRESARIO POR LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO O FALTA DE CONFORMIDAD EN EL SUMINISTRO DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

ALICIA AGÜERO ORTIZ 795

I. Introducción 795

II. La acción de repetición en la normativa europea 797

Página

1. La acción de repetición en la directiva 1999/44/CE 797
2. La acción de repetición en la Directiva 2019/771 802
3. La acción de repetición en la Directiva 2014/104/UE 803

III. Caracteres de la acción de repetición 804

1. Naturaleza de la acción 804
2. Sujetos 806
2.1. El empresario final 806
2.2. El responsable en la cadena de transacciones comerciales 808
3. Objeto 811
4. Causas de oposición 816
4.1. Causas de oposición propias 817
4.2. Causas de oposición derivadas de la obligación 818
5. Facultad de renuncia 820
6. Plazos de prescripción y dies a quo 821

IV. Distintas transposiciones de la acción de repetición 821

1. La transposición española 821
2. La transposición alemana 823
3. La transposición francesa 824
4. La transposición belga 825
5. La transposición portuguesa 825
6. La transposición italiana 826

V. Conclusiones 827
VI. Bibliografía 827

Página

XI

CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA DIRECTIVA 770/2019 MATERIA DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

MIREIA ARTIGOT GOLOBARDES 833

I. El inherente conflicto entre derecho imperativo y autonomía privada en el régimen de protección del consumidor en Europa . . . 834

II. El artículo 22 de la Directiva de contenidos y servicios digitales: la imperatividad del régimen jurídico y sus límites 836

1. La autonomía privada de las partes en la delimitación contractual de la noción de conformidad prevista en el artículo 8 839

2. La disponibilidad contractual de la carga de la prueba 841

III. Efectos jurídicos de la imperatividad del régimen jurídico de la Directiva 2019/770 en materia de contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DCSD) 842

IV. Efectos económicos de la imperatividad del régimen jurídico 848

V. Conclusiones 854

VI. Bibliografía 854

I

La armonización del régimen aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones a propósito de la Directiva 2019/770/UE y su transposición al Derecho español[1]

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho Civil
Universitat Pompeu Fabra
Uría Menéndez

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. LOS PROBLEMAS CONTRACTUALES DEL ENTORNO DIGITAL II. LOS MOTIVOS DE LA DIRECTIVA 2019/770/UE RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: BASE COMPETENCIAL Y NIVEL DE ARMONIZACIÓN INSTAURADO III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/770/UE EN EL DERECHO ESPAÑOL IV. OPORTUNIDAD, ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA OBRA V. BIBLIOGRAFÍA.

1. Este capítulo se comprende dentro de los resultados derivados del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Contractual and non-contractual liability of online platforms» (PID2021-126354OB-I00) del que ambos autores forman parte.

I. LOS PROBLEMAS CONTRACTUALES DEL ENTORNO DIGITAL

La tecnología digital ha supuesto una alteración fundamental en muchos y muy variados ámbitos de nuestra vida, desde el ocio a las comunicaciones pasando por el trabajo en casi todos los sectores de actividad y, como hemos experimentado en directo los profesores universitarios desde al menos los años de la pandemia, la enseñanza en todos sus niveles. En cuanto a los contratos y los procesos de contratación sobre bienes y servicios, es notorio que no han quedado al margen de estas transformaciones sociales y económicas, y la incidencia de la digitalización sobre aquellos está siendo muy notable. Nada indica que el ritmo de cambio se atenuará en los años por venir.

Por un lado, lo digital ha ampliado enormemente el ámbito objetivo de la contratación de consumo –no solo en las relaciones entre empresas y consumidores, desde luego–. Los servicios y los contenidos digitales o relacionados con redes digitales han pasado a constituir el objeto de innumerables contratos que, cotidianamente, múltiples consumidores celebran, pagan y disfrutan. Han aparecido también nuevas categorías de bienes, que poseen elementos o dimensiones digitales que resultan esenciales para su funcionamiento y para satisfacer las necesidades y expectativas de quienes los adquieren.

Es innegable que estos aspectos de la transformación digital de la contratación de consumo son objeto de atención inmediata e intensa por parte del legislador europeo. Esto es obvio en relación con la Directiva 2019/770/UE, cuyo objeto de regulación consiste precisamente los contratos que canalizan el suministro de contenidos y servicios digitales de las empresas a los consumidores. Pero también representa una fracción relevante de las modificaciones que se han operado en el régimen –vigente durante 20 años– de la Directiva 1999/44/CE por obra de la Directiva 2019/771/UE. Los bienes con elementos digitales figuran de manera destacada entre los nuevos objetos contractuales de la compraventa de bienes de consumo y varias dimensiones relaciones estrechamente con estos «*smart goods*» se añaden específicamente al régimen de conformidad (actualizaciones, compatibilidad con el entorno digital del consumidor). En particular, la sujeción de los elementos digitales de tales bienes a una u otra Directiva constituye uno de los aspectos sobre los que se ha centrado la literatura jurídica que se ocupa de ambas Directivas[2].

2. *Vid.* SEIN, K., «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods? Goods with Embedded Digital Content in the Borderland Between the Digital Content Directive and "Normal" Contract Law», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Nbr. 8-2, 2017, p. 97; MORAIS CARVALHO, J., «Sale of

La incidencia contractual de la transformación digital de la economía y la sociedad no se agota, creemos, con la digitalización del objeto del contrato[3]. Se extiende a otras dimensiones de la contratación, muchas de ellas muy relevantes para el Derecho de contratos en su conjunto y singularmente para las transacciones contractuales de consumo. Los contratos por medios digitales han permitido expandir de manera extraordinaria –impensable hace apenas dos décadas– las posibilidades de contratación de los consumidores no sólo en cuanto a qué bienes y servicios adquirimos, sino también a quiénes nos los venden y cómo realizamos los contratos al efecto. Es casi milagroso –sin el casi para quienes redactaron los códigos decimonónicos, no digamos ya para los juristas de siglos precedentes– que a través de contratos online centenares de millones de personas en el mundo compren cada día centenares de millones de bienes y servicios de todo tipo que no pueden probar o inspeccionar directamente y lo hagan, además, teniendo como contrapartes contractuales a vendedores o suministradores muy frecuentemente anónimos –desconocidos al menos– y situados en lugares remotos.

La interacción contractual en el entorno digital ha promovido una importante ampliación de los mercados de consumo, facilitando la entrada de nuevos operadores y generando oportunidades de intercambio de bienes y servicios que antes no eran factibles, por los importantes problemas de información, los elevados costes de transacción y la enorme distancia –geográfica, pero también de sistema jurídico y entorno económico– que separa a los contratantes.

Estos relevantes efectos de la digitalización sobre los mercados de consumo no son un mero reflejo de la reducción de costes de comunicación y contratación que el comercio electrónico trae consigo, por muy importantes que sean –y lo son– los factores asociados a la reducción de costes contrac-

---

Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, Issue 5, 2019, p. 194; SEIN, K., «"Goods with digital elements" and the Interplay with Directive 2019/771 on the Sale of Goods», 2020, pp. 1 y ss.; SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part I», *European Review of Contract Law,* Vol. 15 (3), 2019, pp. 269-270.

3. Aunque la literatura jurídica europea se ha centrado esencialmente en estas cuestiones, prestando escasa atención a otras: WENDEHORST, C., «Sale of Goods and supply of digital content –two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age», 2016, https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98774/pe%20556%20928%20EN_final.pdf

tuales. El entorno digital aporta otra serie de novedades trascendentes para la contratación de consumo que se relacionan con otras dimensiones del fenómeno contractual.

Querríamos destacar cómo la contratación online introduce cambios notables en la entidad y gravedad de los problemas contractuales asociados a las asimetrías de información que aquejan de forma endémica el intercambio entre consumidores y empresarios. También aporta alteraciones relevantes al diseño y funcionamiento de los mecanismos paliativos que la economía y el Derecho han desplegado frente a tales problemas. Ello es así en relación con los dos problemas informativos fundamentales en las interacciones contractuales: la selección adversa –el déficit informativo que afecta a los consumidores aumenta el atractivo de comercialización de sus productos por parte de los empresarios que ofrecen bienes y servicios de baja calidad– y el riesgo moral –la falta de información de los compradores desmotiva a los vendedores a adoptar acciones costosas que mejoren la calidad y utilidad para el comprador del bien que se vende–[4].

En el entorno digital, la imposibilidad de observación directa por el consumidor de los productos, contenidos y servicios que adquiere, unida a la multiplicación de comerciantes heterogéneos situados, además, en entornos remotos para el consumidor, implica la acentuación de las asimetrías informativas por comparación con la contratación en el entorno físico o no virtual. Por otro lado, la heterogeneidad, distancia y, con frecuencia, carácter extranjero de muchos comerciantes presumiblemente perjudica seriamente la efectividad práctica de los mecanismos tradicionales para salvar las asimetrías de información en la contratación de consumo, pues parece intuitivamente más difícil y costoso para la mayoría de los consumidores identificar al empresario y obtener adecuada vindicación de sus derechos cuando la infracción se produce en el escenario digital.

Así, las garantías legales de conformidad se enfrentan en el mundo del comercio en línea a mayores obstáculos prácticos que en el comercio presencial en que típicamente vendedor y comprador se hallan próximos. Cualquiera que haya comprado bienes en un mercado en línea[5] puede darse

4. *Vid.* Gómez Pomar, F., «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 495 y ss. Véase también el Capítulo de Fernando Gómez Pomar en esta obra.

5. Es la denominación «oficial» que consagra la Directiva 2019/2161/UE de mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores (Directiva

cuenta de las dificultades a las que se enfrentaría para ejercitar los remedios correspondientes a la garantía legal de la normativa española (TRLGDCU) y europea (Directivas 2019/770 y 2019/771) frente a un vendedor que reside a miles de kilómetros de distancia y probablemente ignora no ya el contenido de la garantía legal sino la existencia y contenido de toda la normativa que pudiera resultar aplicable a la relación contractual.

En cuanto a la garantía contractual (TRLGDCU y Directiva 2019/771), dado el anonimato y/o pequeña escala de operaciones de muchos operadores vendedores en línea también parece que se enfrenta a obstáculos muy superiores a los que le pueden afectar en el mundo del intercambio contractual no virtual.

Algo parecido sucede con enorme frecuencia si se piensa en la reputación comercial –el otro mecanismo tradicional que, al generar una la reducción de la selección adversa y el riesgo moral permite a los compradores con peor información que el vendedor confiar en que recibirán bienes de la calidad y las prestaciones que desean–. De nuevo, el alejamiento geográfico, el desconocimiento de la identidad y el historial (ambos, susceptibles de ocultación o manipulación con cierta facilidad) de los operadores online, unido a la menor escala y tamaño de los mismos que el entorno digital posibilita hacen que la reputación comercial «tradicional» que funciona como garantía implícita en los mercados de consumo se convierta en una herramienta menos eficaz para combatir las asimetrías de información entre vendedor y comprador.

Sin embargo, no todo son riesgos e inconvenientes. En el ámbito digital algunos factores juegan en dirección opuesta y pueden –y, de hecho, en medida variable pero comprobable, lo hacen– mejorar la situación de información asimétrica que generalmente aqueja a los consumidores en los mercados de consumo. Hay dos factores que nos gustaría destacar de manera especial.

2019/2161/UE) Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, (D O L 328/7, 18.12.2019), modificando el art. 2 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (D O L 304/64, 22.11.2011), en adelante «Directiva 2011/83».

El primero tiene que ver con el papel de las plataformas en línea[6] en la venta de bienes y servicios de consumo y en el suministro de contenidos y servicios digitales. Estas plataformas no se consideran normalmente «vendedores» (en el sentido de la Directiva 2019/771) o «empresarios» (en los términos de la Directiva 2019/770), por no ser contrapartes directas del consumidor en el contrato que obliga a entregar el bien o a suministrar el contenido o servicio digital[7]. Es evidente, no obstante, que las plataformas tienen un gran interés en que los consumidores confíen en la calidad de los bienes, servicios y contenidos –digitales o no– ofrecidos en el entorno de contratación que comercializan: cuántos más compradores/usuarios se asomen a la plataforma, más vendedores/empresarios acudirán a vender/suministrar a la misma (y viceversa) y más transacciones se realizarán. En definitiva, más atractiva será la plataforma y más altos los ingresos que la plataforma espera obtener en su tarea de intermediación[8]. Por ello mismo las plataformas se ven incentivadas a aplicar distintos sistemas a su disposición para paliar algunos de los problemas contractuales derivados de las asimetrías de información entre vendedores/empresarios y compradores/consumidores. Por ejemplo, la plataforma puede verificar el comportamiento de los vendedores u oferentes de contenidos y servicios, diseñando y aplicando herramientas telemáticas al efecto o mediante controles aleatorios sobre las prestaciones que ofrece en la plataforma el conjunto de la población de vendedores/suministradores. Puede establecer mecanismos baratos y eficaces para canalizar las reclamaciones de los compradores y usuarios previendo «sanciones» internas (relegación de los infractores en los listados que se ofrecen a los consumidores, suspensión temporal y, en los casos más graves, expulsión del uso de la plataforma[9], retención

6. La denominación legal en el art. 3.1.18) de la Directiva 2011/83/UE, apartado introducido por la Directiva 2019/2161/UE es la de «proveedor de un mercado en línea».

7. SÉNÉCHAL, J., «Art. 2», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law*, Beck-Hart-Nomos, 2020, p. 50, en el sentido de que si la plataforma actúa como intermediaria entre el proveedor directo del contenido o servicio (se refiere a la Directiva 2019/770, pero la conclusión sería la misma, *a fortiori*, en la Directiva hermana 2019/771) y el consumidor, no le resultan aplicables a la plataforma las reglas de la Directiva. Acerca del rol contractual asignado a las plataformas en ambas Directivas *vid. infra* en detalle el Capítulo de FERNÁNDEZ CHACÓN, Apartado II.1.

8. En términos económicos, que un bien o servicio sea más atractivo cuanto más se use, se conoce en economía con el término de efecto de red (*network effect*). La aplicación de estas nociones a las plataformas digitales en BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M., «Platforms and network effects», en CORCHÓN, L. y MARINI, M. (Eds.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization II: Applications*, Edward Elgar, 2018, p. 286.

9. Las plataformas se hallan sujetas a ciertos deberes en relación con la suspensión o extinción en la prestación de sus servicios a los vendedores: art. 4 del Reglamento

de cantidades cobradas a través de la plataforma, aplicación de penalidades contractuales pactadas entre la plataforma y el vendedor/empresario, etc.) en casos de falta de atención o ausencia de solución adecuada a las cuestiones planteadas por los consumidores.

Más allá del atractivo teórico de estos esquemas, contamos hoy con evidencia que nos permite entender que por ambas vías se puede, efectivamente, reducir tanto el riesgo moral –comportamiento inadecuado de los vendedores o proveedores de contenidos y servicios– como la selección adversa –el desplazamiento de operadores y empresarios de buena calidad por otros de peor calidad–[10]. También es cierto, sin embargo, que los sistemas de protección del consumidor constituidos por la propia plataforma como puramente internos, si no suponen costes para los empresarios oportunistas más allá de la reducción futura de transacciones o menores precios en el futuro, pueden tener efectos adversos. Como se ha encontrado en algún caso, son susceptibles de generar efectos contrarios, aumentando artificial e indebidamente la sensación de confianza de los consumidores: si éstos se sienten «más protegidos» a la hora de contratar, aumenta su disposición a pagar y ello puede aumentar el número de empresarios que estratégicamente ofrecen una peor calidad de la esperada por los consumidores[11].

Más allá del propio papel de las plataformas intermediarias –actores muy relevantes en muchas transacciones online– como promotores de la seguridad y fiabilidad de los intercambios contractuales en la red, es preciso mencionar otro mecanismo que puede actuar en un sentido similar y deseable –para la expansión y mejora de la contratación online–: las reseñas, comentarios y opiniones de otros usuarios en relación con productos o empresarios con los que han tenido contacto en operaciones y contratos

---

(UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea ((D O L 186/57, 11.7.2019), en adelante «Reglamento 2019/1150».

10. LIU, M., BRYNJOLFSSON, E. y DOWLATABADI, J., «Do digital Platforms Reduce Moral Hazard? The Case of Uber and Taxis», *Management Science*, Vol. 67, No. 8, 2021; ROSSI, M., «How Does Competition Affect Reputation Concerns? Theory and Evidence from Airbnb», CESifo Working Paper No. 7972, 2019; HUI, X., SEEDI, M., SHEN, Z. y SUNDARESAN, N., «Reputation and Regulations: Evidence from eBay», *Management Science*, Vol. 62, No. 12, 2016, p. 3604.

11. CAI, H., JIN, G., LIU, C. y ZHOU, L., «More Trusting, Less Trust? An Investigation of Early E-commerce in China», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 18961, 2013.

anteriores. Si los rankings de comerciantes y valoraciones de los usuarios a los que los nuevos consumidores pueden acceder *online* ofrecen señales suficientemente fiables de la calidad de un cierto empresario o vendedor, el sistema permite mitigar el problema informativo que aqueja a los compradores de bienes en línea.

Más aún, cuanto mayor es el volumen, variedad, rapidez y disponibilidad de datos sobre los comerciantes a los que los consumidores pueden acceder, mayor es el efecto corrector de las asimetrías de información, pues también en este aspecto se despliega la potencia de los *Network effects*. Hay mucha evidencia disponible[12] acerca de cómo distintos mecanismos de valoración de los usuarios y catalogación de los empresarios en función de esas valoraciones reduce tanto los problemas de selección adversa como los de riesgo moral, la mayoría de ellos diseñados y puestos en práctica por plataformas digitales[13].

La evidencia empírica, sin embargo, muestra igualmente que los mecanismos de valoración y puntuación por los usuarios –con mayor o menor intervención de las plataformas y/o los propios comerciantes– se enfrentan a problemas importantes que tienen que ver con los incentivos a valorar y puntuar de los usuarios, a la fiabilidad de las valoraciones y rankings, así como a problemas de comprensión del significado y trascendencia de las valoraciones por parte de los consumidores. En efecto, los estudios disponibles ponen de manifiesto problemas de distinta índole: la frecuente ausencia de incentivos para realizar valoraciones informativas; el sesgo de los usuarios –por distintos factores, desde el temor a represalias en forma de valoración negativa por parte del comerciante frente al consumidor, al coste psicológico de una reacción adversa– en favor de las valoraciones positivas,

---

12. Hay varios trabajos que sintetizan de forma cuidadosa esta evidencia. *Vid.*, por ejemplo, a este respecto TADELIS, S., «Reputation and Feedback Systems in Online Platform Markets», *Annual Review of Economics*, Vol. 8: Issue 1, 2016, p. 321; ROSSI, M., «Asymmetric Information and Review Systems: The Challenge of Digital Platforms», en GANUZA, J. J. y LLOBET, G., *Economic Analysis of the Digital Revolution*, Funcas, 2018, p. 47; BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M., «Inside the Engine Room of Digital Platforms: Reviews, Ratings and Recommendations», École d'Économie d'Aix-Marseille, Working Paper No. 06, 2018, p. 340.

13. Entre los estudios más relevantes cabe destacar los de NOSKO, C. y TADELIS, S., «The limits of reputation in platform markets: An empirical analysis and field experiment». NBER Working paper, (No. w20830), 2015; HUI, X., SEEDI, M., SHEN, Z. y SUNDARESAN, N., ob. cit., p. 3604; y KLEIN, T., LAMBERTZ, C. y STHAL, K., «Market Transparency, Adverse Selection and Moral Hazard», *Journal of Political Economy*, Vol. 124: Issue 6, 2016, p. 1677.

medias y medianas muy altas observadas en las valoraciones, existencia de valoraciones distorsionadas por los oferentes y comerciantes, frecuencia con que los usuarios se dejan llevar por la inercia de continuar la línea anterior de valoraciones de los consumidores precedentes.

En todo caso, la evidencia empírica con la que contamos indica que las dinámicas reputacionales que generan los mecanismos de valoración y puntuación por los usuarios tienen gran trascendencia en el funcionamiento de los mercados online de bienes, contenidos y servicios de consumo[14].

Por otro lado, también existe evidencia de que los mecanismos de «garantía» (la existencia de protección o compensación a los consumidores insatisfechos) y los reputacionales basados en las valoraciones y rankings de los comerciantes son sustitutivos y no complementarios, esto es, que cada uno parece reducir (y no mejorar) la eficacia del otro en la solución de los problemas contractuales asociados a la inferioridad informativa de los consumidores en relación con los empresarios[15].

En definitiva, los problemas contractuales que las garantías en la comercialización de productos, contenidos y servicios tratan de abordar, al menos los ligados a las asimetrías de información experimentan cambios importantes cuando la contratación se desplaza del mundo físico al mundo virtual. Ello es así, además, con independencia de que el objeto del contrato en sí mismo, posea o no elementos digitales relevantes: venta de bien con elementos digitales, suministro de contenidos o servicios digitales, de un lado, o venta online de bienes no inteligentes o servicios de hostelería, por ejemplo.

Pero aún hay más. El entorno digital de contratación acentúa algunos otros rasgos –o patologías, según algunos– de la contratación entre empresas y consumidores. La primera de ellas es la «personalización» de las relaciones contractuales y, singularmente, de las que en el futuro un consumidor pueda tener con un comerciante con el que ha contratado en el pasado o tal vez, incluso, las que pueda entablar con otros empresarios distintos. Las interacciones económicas en un entorno digital dejan un rastro que puede ser empleado fácilmente para adaptar ofertas de contrato y términos y condiciones contractuales –el precio, de manera destacada– correspondientes a futuros intercambios a las características y preferencias del consumidor. Esta personalización o adaptación también se puede efectuar para sacar el

14. Véanse los trabajos recopilatorios de la evidencia empírica disponible citados en la nota 12.

15. HUI, X., SEEDI, M., SHEN, Z. y SUNDARESAN, N., ob. cit., p. 3604.

máximo partido a los sesgos, vulnerabilidades y disposición a pagar por diversos bienes, contenidos y servicios de un concreto consumidor o de un grupo de consumidores de similares características–.

En efecto, la interacción contractual digital permite más fácilmente que la que se produce en el mundo de la comunicación física conectar el pasado con el futuro y hacer que los intercambios contractuales dejen de ser sucesos aislados y desconectados y se conviertan en un patrón o historial de transacciones rastreables de modo que unas dejarán su huella y ejercerán una influencia sobre otras, generalmente posteriores.

Así, el rastro digital de nuestros contratos y de nuestra actividad digital pasada, con el auxilio de herramientas de *big data*, permite trazar perfiles de los consumidores que personalicen sus relaciones económicas futuras en el entorno digital. La personalización no es en sí misma necesariamente desfavorable al bienestar de los consumidores. Piénsese, por ejemplo, en la reducción de costes de búsqueda que puede suponer, en el mejor emparejamiento entre comerciantes y consumidores, dadas las características de unos y de otros, o en la presentación de información online que resulte más pertinente y comprensible para un consumidor con un cierto perfil. Sin el uso del historial previo y de los algoritmos estas posibles mejoras no serían factibles. Pero es indudable que la personalización puede hacer viable o simplemente posible –o contribuir a su rentabilidad al disminuir su coste de diseño e implementación– prácticas contractuales que reducen el bienestar de los consumidores.

Sin duda alguna, la adaptación del contrato al historial previo de relaciones entre las partes –o con otros contratantes, pero siendo los rasgos de una parte cognoscibles– y la existencia de contratos con términos divergentes para diferentes categorías de contratantes no es ni mucho menos un fenómeno insólito en la evolución de la contratación. Las interacciones repetidas en el tiempo entre unos mismos partes contratantes han facilitado desde siempre que los comerciantes puedan ajustar mejor sus ofertas a las preferencias del adquirente, así como afectar a la negociación del precio del contrato. Y aquí el rango de resultados es muy variado, pues junto a descuentos a los buenos clientes observamos empresarios avispados que toman la medida de la valoración especial que un cierto adquirente hace de determinados productos y son capaces de extraer mayor excedente de dicho adquirente repetido. De hecho, como observa la literatura económica, los precios preanunciados y fijos para la generalidad de los consumidores son un fenómeno reciente en la historia económica y se ligan a la producción y distribución en masa. Al intercambio «anónimo» y despersonalizado, en definitiva.

La digitalización de la contratación y el *big data* permiten identificar patrones en las preferencias de los consumidores que llevan las oportunidades de personalización de las condiciones de la contratación online a un escenario cualitativa y cuantitativamente distinto[16]. Junto a las ventajas que esta personalización supone para las ofertas que recibimos de los comerciantes –más ajustadas a nuestras preferencias personales– también podemos experimentar –o padecer– cómo los precios se pueden ajustar a nuestra esperada disposición a pagar –de manera que nuestro excedente como consumidores se reduce o, incluso, se evapora, pues se lo «apropia» por entero el empresario– o cómo otros términos del contrato se adaptan para aprovechar mejor los sesgos cognitivos y de conducta del consumidor «categorizado» usando su historial de transacciones online.

De hecho, un sector de la literatura jurídica, sobre todo norteamericana, insiste en la poderosa capacidad de las empresas en el entorno digital para manipular de forma intensa y grave en su propio beneficio prácticamente todos los aspectos de la interacción empresa-consumidor y explotar con ello las dificultades de decisión de los consumidores[17]. Se señala incluso cómo

16. Sobre las ventajas de la personalización, con una perspectiva amplia, *vid.* BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford University Press, 2021, pp. 39 y ss. También con una orientación positiva, pero más contenida, *vid.* SCHOLZ, L. H., «Algorithmic Contracts», *Stanford Technology Law Review*, Vol. 20, Issue 2, pp. 128 y ss.; y BUSCH, C., «Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law», *University of Chicago Law Review*, Vol. 86: Issue 2, 2019, p. 309. De forma muy crítica frente a la personalización en la contratación de consumo *vid.*, por ejemplo, WAGNER, G. y EIDENMÜLLER, H., «Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences – The Dark Side of Personalized Transactions», *University of Chicago Law Review*, Vol. 86: Issue 2, 2019, p. 581.
Sobre personalización de los precios en la contratación digital, *vid.*, entre otros, GANUZA, J. J. y LLOBET, G., «Personalized Prices in the Digital Economy», en GANUZA, J. J. y LLOBET, G., *Economic Analysis of the Digital Revolution*, Funcas, 2018, p. 118; BAR-GILL, O., «Algorithmic Price Discrimination when Demand is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions», *University of Chicago Law Review*, Vol. 86, 2019, p. 217; o PORAT, H., «Consumer Protection and Disclosure Rules in the Age of Algorithmic Behavior-Based Pricing», *Harvard Law School*, Working Paper, 2021.

17. La llamada «*market manipulation theory*» precede a la expansión de la contratación en el entorno digital, y remite a la idea de que las empresas organizan los entornos de contratación con los consumidores para aprovechar en su propio interés los distintos sesgos de comportamiento que hacen que el comportamiento de los consumidores sea predeciblemente desajustado a los postulados de la decisión racional: HANSON, J. y KYSAR, D., «Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation», *New York University Law Review*, Vol. 74, No. 3, 1999, p. 630 (una crítica a su extensión

la propia percepción del contrato por los consumidores se ve afectada por los cambios contractuales que trae consigo la contratación en línea[18].

Sin necesidad de adoptar posiciones catastrofistas o apriorísticas, parece claro que el entorno digital puede facilitar la acentuación de algunos sesgos de comportamiento de los consumidores que han sido bien documentados en la literatura económica[19]. En este capítulo introductorio basta mencionar alguna ilustración de estos fenómenos.

Los consumidores (y no solo ellos, pues hay evidencia de que también quienes toman decisiones en las empresas incurren en este tipo de discrepancia con el patrón estricto de conducta plenamente racional) cometen errores en la interacción estratégica con otros sujetos. Uno de estos se relaciona con los errores de inferencia del contenido de la información privada –no observable– de que dispone aquel con quien interactuamos, una vez que observamos su conducta y movimientos anteriores en nuestra interacción[20].

Algo similar ocurre con la información sobre un producto y la revelación que el comerciante hace de sus características. Cuanto mejor sea la calidad del producto, mayor transparencia esperamos del comerciante, y cuanto peor sea, menos extensa y clara será la explicación sobre características y propiedades del mismo. Sin embargo, la mayoría de los adquirentes no son suficientemente «desconfiados» frente a comerciantes que no revelan mucho –o no revelan nada en absoluto– sobre las prestaciones y estado del produc-

---

indiscriminada a la contratación de consumo en su conjunto, en GÓMEZ POMAR, F., «The Unfair Commercial Practices Directive. A Law and Economics Perspective», *European Review of Contract Law*, Vol. 2, 2006, p. 4). Esta tesis conoce una clara revitalización en relación con la contratación online: CALO, R., «Digital Market Manipulation», *George Washington Law Review*, Vol. 82, 2014, p. 995; y LUGURI, J. y STRAHILEVITZ, L. J., «Shining a Light on Dark Patterns», *Journal of Legal Analysis*, Vol. 13, 2021, p. 43.

18. *Cfr.* HOFFMAN, D., «From Promises to Form: How Contracting Online Changes Consumers», *New York University Law Review*, Vol. 91, 2016, p. 1595; y BECHER, S. y ZARSKY, T., «Minding the Gap», *Connecticut Law Review*, Vol. 51, 2019, p. 69.

19. Para un resumen de un número importante de los mismos, en relación con la contratación de consumidores, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. y ARTIGOT GOLOBARDES, M., «Rational Choice and Behavioral Approaches in Consumer Law», en MICKLITZ, H., SIBONY, A.–L. y ESPOSITO, F. (Eds.), *Handbook of Consumer Research*, Edward Elgar, 2018, p. 119. Para un tratamiento completo –y complejo– de la materia *vid.* BERNHEIM, B. D., DELLAVIGNA, S. y LAIBSON, D. (Eds.), *Handbook of Behavioral Economics. Foundations and Applications*, Vol. 2, North Holland, 2019.

20. *Cfr.* EYSTER, E., «Errors in strategic reasoning», en DOUGLAS BERNHEIM, B., DELLAVIGNA, S. y LAIBSON, D. (Eds.), *Handbook of Behavioral Economics. Foundations and Applications*, Vol. 2, North Holland, 2019, p. 216.

to[21]. Estos errores de inferencia estratégica de los adquirentes les llevan a decepciones con la calidad de lo que adquieren en relación a lo esperado y en comparación con el precio pagado.

Por otra parte, los consumidores prestan atención limitada al conjunto de la información que se les presenta. De manera harto frecuente estructuran su comportamiento de acuerdo con un modelo demasiado simplista de cómo son las cosas, de modo que estos déficits de atención en relación con lo que escapa del modelo simplificado hace perder relevancia en las decisiones a todo lo que queda fuera de aquel modelo. Esto facilita que las estrategias de ocultamiento de costes de una operación económica –o de subordinación de elementos que tienden a no ser considerados especialmente relevantes por la mayoría de los consumidores– tengan éxito a la hora de influir en sus decisiones contractuales[22].

El entorno digital no genera estos sesgos, ni muchos menos, pues su intervención en las interacciones económicas en el mundo real es un hecho constatado y contrastado. Sin embargo, la contratación online puede acentuar su presencia y trascendencia. Puede elevar su frecuencia o hacer más graves e intensas sus consecuencias en detrimento de los consumidores. Aquí nos limitamos a señalar algunos factores que caracterizan las transacciones en red que permiten razonablemente sospechar que las afirmaciones anteriores no van desencaminadas.

La familiaridad –más aparente que real, en ocasiones– con las interfaces o los entornos de contratación en línea, la facilidad de contratar ajustándose al esquema preordenado por la empresa que diseña la interacción online, la dificultad y coste de formular preguntas o suscitar cuestiones sobre aspectos de la transacción (que son vías potencialmente efectivas de corregir los efectos negativos para el adquirente de sus errores por inadecuada inferencia estratégica o por inatención hacia aspectos no resaltados de la interacción), junto con la frecuencia de operaciones de adquisición con esquemas de funcionamiento parecidos a una subasta y lo elevado del número de inte-

21. *Cfr.* JIN, G. Z., LUCA, M. y MARTIN, D., «Is No News (Perceived As) Bad News? An Experimental Investigation of Information Disclosure», *Harvard Business School*, Working Paper No. 15-078, 2015.

22. *Cfr.* GABAIX, X. y LAIBSON, D., «Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 121, 2006, p. 505. Un resumen exhaustivo de esta literatura en GABAIX, X., «Behavioral Inatention», en DOUGLAS BERNHEIM, B., DELLAVIGNA, S. y LAIBSON, D. (Eds.), *Handbook of Behavioral Economics. Foundations and Applications*, Vol. 2, North Holland, 2019, p. 261.

racciones que tienen lugar como consecuencia de un aviso personalizado al consumidor, de modo que este no toma la iniciativa en cuanto al inicio del proceso contractual, son todos ellos elementos cuya presencia en la contratación online permiten augurar, según la literatura especializada en la materia, la agravación de los sesgos de los consumidores[23].

II. LOS MOTIVOS DE LA DIRECTIVA 2019/770/UE: BASE COMPETENCIAL Y NIVEL DE ARMONIZACIÓN INSTAURADO

Para muchos, el signo de los tiempos es la interconexión global mediatizada por la tecnología digital. Esta visión, trasladada al Derecho de los contratos, es la que domina la actividad legislativa de la Unión Europea en los últimos tiempos tras el lanzamiento por la Comisión Europea en 2015 de su *Estrategia para el Mercado único Digital*[24], uno de cuyos principales objetivos pasaba por el desarrollo de normas de comercio electrónico transfronterizo armonizadas en las que consumidores y empresas pudiesen confiar, contribuyendo así a reducir los costes de transacción derivados de la disparidad normativa entre los Estados miembros de la UE[25].

Como resultado de la citada estrategia, el 20 de mayo de 2019 se aprobaron la Directiva 2019/770/UE sobre determinados aspectos relativos a los

---

23. Por ejemplo, en relación con las consecuencias negativas de la explotación de la inatención en la contratación digital *vid.* HOSSAIN, T. y MORGAN, J., «Plus Shipping and handling: revenue (non) equivalence in field experiments on eBay», *The B. E. Journal of Economic Analysis & Policy*, Vol. 5: Issue 2, 2006; BROWN, J., HOSSAIN, T. y MORGAN, J., «Shrouded Attributes and information suppression: evidence from the field», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 125, 2010, pp. 859 y ss.; LACETERA, N., POPE, D. y SYDNOR, J., «Heuristic thinking and limited attention in the car market», *American Economic Review*, Vol. 102, 2012, pp. 2206 y ss.; y BLAKE, T., MOSHARY, S., SWEENEY, K. y TADELIS, S., «Price Salience and Product Choice», *Marketing Science,* Vol. 40, No. 4, 2021, pp. 619 y ss.

24. COM(2015)192 final. *Vid.*, asimismo, a este respecto la Comunicación de la Comisión *Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy A Connected Digital Single Market for All* [COM(2017)228 final].

25. Para una explicación detallada de cómo y por qué la disparidad contractual repercute negativamente en las compras transfronterizas en línea (tanto desde el punto de vista de los consumidores como de las empresas) *vid. Commission Staff Working Document A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence* de 6 de mayo de 2015 [SWD(2015) 100 final, en particular pp. 10 y ss.] que acompañaba a la referida *Estrategia para el Mercado Único Digital*, basado a su vez en el Informe *Provision of two online consumer surveys as support and evidence base to a Commission study: Identifying the main cross-border obstacles to the Digital Single Market and where they matter most* (disponible online en *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/digital-single-market-final-report_en.pdf*).

contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[26] y la Directiva 2019/771/UE relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. Ambas Directivas representan actualmente la culminación del proceso de armonización del Derecho contractual, iniciado con la *Comunicación de sobre Derecho contractual europeo* de 2001[27]. Al tiempo que se presentan ante la sociedad europea como hitos fundamentales para acompasar la reglamentación contractual al mundo digital y con ello, contribuir decisivamente a la efectiva consecución de un Mercado Digital a nivel comunitario.

Habida cuenta del tiempo transcurrido desde su aprobación, ambas Directivas han sido ya hasta el momento, naturalmente, objeto de notable atención en la literatura jurídica española y europea, que ha analizado sus principales opciones de política jurídica en varias de sus dimensiones (nivel de armonización, ámbito de aplicación, alcance de sus disposiciones, relación con otras normas, en particular con el Reglamento General de Protección de Datos en lo que atañe a la Directiva de suministro), así como muchas de sus soluciones jurídicas sustantivas (en particular las relativas a los criterios de conformidad y los remedios en favor del consumidor)[28].

---

26. Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (D O L 136/1, 22.5.2019).

27. COM (2001)398 final. Dicha Comunicación de 2001 marcó un punto de inflexión a nivel institucional en el impulso de la armonización del Derecho contractual europeo y e inmediatamente tras su publicación comenzó a suscitarse un avivado debate en la academia europea –que perdura hasta nuestros días– acerca de los problemas y perspectivas de futuro que el enfoque y plan de ruta trazado en la Comunicación entrañaban, como atestigua la obra ya clásica en la materia de GRUNDMANN, S. y STUYCK, J. (Eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law, Kluwer Law International*, The Hague, 2002. En relación con el arduo y controvertido proceso de armonización del Derecho contractual y de consumo a nivel europeo nos limitamos a remitirnos a las reflexiones y bibliografía manejada en algunos trabajos previos: GÓMEZ POMAR, F. y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., «How to build European private law: an economic analysis of the lawmaking and harmonization dimensions in European private law», *European Journal of Law and Economics*, N.º 3, 2012, pp. 481 y ss. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2023.

28. Por lo que respecta en particular a la Directiva de suministro 2019/7707UE especial mención merece el comentario sistemático de dicha norma a cargo de SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020. Para una visión conjunta del impacto de ambas Directivas en el Derecho contractual de los Estados miembros resulta igualmente destacable un vistazo a las distintas contribuciones comprendidas en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770*

Aunque las dos Directivas abordan o permiten plantear numerosas cuestiones normativas dotadas de novedad e interés, no cabe duda que las mayores innovaciones en el panorama de la reglamentación contractual europea vienen de la mano de la Directiva 2019/770/UE, dada la inexistencia de una regulación específica de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la mayoría de los Estados miembros antes de su aprobación[29], con los consiguientes interrogantes y, eventualmente, desincentivos que ello entrañaba para las decisiones y actuaciones empresariales[30]. No en

---

and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023. Desde un punto de vista tanto general como sectorial –en relación con algunos de los aspectos capitales regulados en ambas Directivas– *vid.*, entre otros muchos, MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services», cit., p. 194 e «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020, p. 31; SEIN, K. «"Goods with digital elements" and the Interplay with Directive 2019/771 on the Sale of Goods», cit., p. 1; SEIN, K. y SPINDLER, G., ob. cit., p. 257; SEIN, K. y SPINDLER, G, «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 2», 15 (4) *European Review of Contract Law*, 2019, p. 365; ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020, p. 79; GSELL, B., «Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020, p. 101; TWIGG-FLESNER, C., «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020, p. 49; Vanherpe, J. «While Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) questions regarding the Directives on Sales of Goods ans Supply of digital content», *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, 2020, pp. 251 y ss.; Gómez Pomar, F., «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», cit., pp. 495 y ss.

29. *Cfr.* Considerando 9 Directiva 2019/770/UE. Los problemas relativos a la incertidumbre acerca del régimen jurídico aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales con anterioridad a la aprobación de la Directiva identificados por el legislador europeo se basaban en los resultados plasmados en el *Comparative Study on cloud computing contracts* elaborado por *DLA Piper* para la Comisión Europea en 2015 (disponible online en *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/40148ba1-1784-4d1a-bb64-334ac3df22c7),* así como en el *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts* confeccionado en 2011 por el *Centre for the Study of European Contract Law* de la Universidad de Amsterdam a cargo de LOOS, M. *et al.*

30. En el caso particular de los contenidos digitales la evaluación de la Propuesta de Directiva suministro subrayaba cómo el 25% de las empresas entrevistadas que vendían

balde, este déficit de normativa específica en la materia exigía operar con reglas jurídicas –tanto nacionales como europeas– pensadas para objetos y dinámicas contractuales muy distintas a las del mundo digital, a salvo la tímida regulación prevista en la ya veterana Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, algunas de cuyas disposiciones originarias ya se adaptaban expresamente –siguiendo la estela de la finalmente fallida Propuesta de Reglamento de normativa común europea de compraventa[31]– a los contenidos digitales, una adaptación que se ha visto culminada con las modificaciones introducidas en dicha Directiva 2011/83/UE por la Directiva 2019/2161/UE sobre modernización de los derechos de los consumidores, con la finalidad de acompasar su contenido al esquema instaurado en la Directiva 2019/770, en particular en lo que concierne al derecho de desistimiento y a la inclusión de los servicios digitales a cambio de datos personales previamente excluidos de su ámbito de aplicación[32].

---

contenidos digitales en línea se veían disuadidas de emprender actividades transfronterizas debido a las lagunas legislativas y a las diferencias entre las normas de Derecho contractual de los Estados miembros en este ámbito. *Cfr. Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods* [SWD(2015) 274 final], pp. 13 y ss. Dicho dato se extraía del *Economic study on consumer digital content products (Final Report)*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office, 2016, realizado por la empresa *ICF International* para la Comisión Europea (pp. 48 y ss.). Para un análisis en detalle de las evaluaciones de impacto que acompañaban a las Propuestas de Directiva de compraventa y suministro *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, cit., pp. 142 y ss.

31. La Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final] ya incluía dentro de su ámbito de aplicación los contenidos digitales, definidos en su Art. 2(j), del que posteriormente se embeberían tanto la Directiva 2011/83/UE como las más recientes Directivas de suministro 2019/770/UE y de compraventa 2019/771/UE. De hecho, la comparación de las reglas de la CESL con las previstas en la Directiva 2019/770/UE es una constante a lo largo de la obra que se presenta, como se aprecia, particularmente, en los Capítulos relativos a la caracterización de los contratos de suministro y a la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales y mecanismos de protección de que en tales casos dispone el consumidor.

32. Así, la Directiva 2019/2161/UE introduce un nuevo apartado 1 *bis* en el Art. 3 de la Directiva 2011/83/UE, en el que se contempla la figura del suministro tanto de contenidos como de servicios digitales a cambio de datos personales, en los mismos términos que el actual Art. 3.1 de la Directiva 2019/770/UE. Asimismo, se introduce un nuevo apartado m) en el Art. 16 de la Directiva 2011/83/UE para incluir entre las excepciones al derecho de desistimiento el suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material.

Así pues, el objetivo principal perseguido por la iniciativa legislativa europea con la adopción de la Directiva 2019/770/UE se cifra en el establecimiento de un marco jurídico –pretendidamente, cuanto menos– claro y armonizado aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a escala europea, como por lo demás expresamente se subraya en sus Considerandos 2 a 10, al destacar como sus objetivos básicos el establecimiento de un elevado nivel de protección a los consumidores y usuarios y la consecución de un auténtico mercado único digital a nivel europeo, reforzando la seguridad jurídica y reduciendo los costes de transacción para las empresas que suministran contenidos y servicios digitales en los distintos Estados miembros[33].

Tales propósitos resultan coherentes con la base jurídica empleada para la aprobación de la Directiva 2019/770/UE, que no es otra que el Art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[34], destinado a la adopción de medidas de armonización que favorezcan el funcionamiento del mercado interior europeo –cuyo *leitmotiv*, en el ámbito del Derecho contractual y del consumo, se ha vinculado históricamente con la reducción de los costes de transacción derivados de la disparidad normativa, actual o potencial, entre los Estados miembros[35]–, así como con el modelo –más teórico que real– de armonización máxima que en ella se instaura (Art. 4 de la Directiva 2019/770[36]).

---

33. Nótese que la Propuesta de Directiva de contenidos digitales se «aventuraba» a precisar cómo la inexistencia de unos derechos contractuales claros respecto a los contenidos digitales implicaba un perjuicio financiero de entre 9.000 y 11.000 millones de euros, habida cuenta de los problemas a afrontar por los consumidores de tales contenidos y el tiempo dedicado a resolverlos por parte de las empresas [COM (2015) 634 final, p. 3].

34. *Cfr.* Considerando 2 DCSD.

35. A propósito del fundamento de la armonización del Derecho contractual y de consumo europeo *ex* Art 114 TFUE en los costes de transacción que la disparidad normativa entre los Estados miembros implica así como de los requisitos generales que las normas comunitarias deben cumplir para su válida adopción de acuerdo con dicha base competencial, en particular por lo que respecta a las Directivas y Reglamentos en materia contractual, *vid.* en detalle FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, cit., en particular pp. 19 y ss. y 84 y ss.

36. De acuerdo con dicho Art. 4 de la Directiva 2019/770/UE: «Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva». El problema es que, al mismo tiempo, la propia Directiva confiere carta de naturaleza a los Estados miembros para «personalizar» su transposición en los respectivos ordenamientos nacionales en aspecto

Para la consecución de dichos objetivos la Directiva 2019/770/UE subraya expresamente la necesidad de *definir su ámbito de aplicación de manera clara e inequívoca y establecer normas sustantivas claras para los contenidos o servicios digitales que entren dentro de su ámbito de aplicación*, todo ello de una forma tecnológicamente neutra con el fin de garantizar su estabilidad frente a futuras innovaciones, particularmente acusadas y características del entorno digital (Considerando 10).

No obstante, esta pretendida certidumbre y uniformidad relativa al marco jurídico aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a nivel comunitario se ve en gran medida desdibujada, visto el amplio margen de maniobra conferido por la Directiva 2019/770/UE a los Estados miembros en buen número de aspectos clave en el régimen jurídico resultante. Estos espacios deferidos a los legisladores nacionales se refieren tanto a su ámbito de aplicación como a algunas de las reglas en ella contenidas, con la consiguiente merma que ello entraña respecto de la perseguida armonización máxima del régimen aplicable a los contratos de suministro a escala europea[37]. Este problema no es exclusivo de la Directiva 2019/770, pues –baste apuntar a los efectos que aquí interesan– se reproduce igualmente en el caso su hermana gemela, la Directiva de compraventa 2019/771[38].

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, las cuestiones que la Directiva 2019/770/UE plantea son múltiples y complejas. A la vez, se conectan estrechamente con algunos de los aspectos clave a los que teóricamente debería conferir certidumbre jurídica en los contratos de suministro objeto de armonización europea[39]. Así se aprecia, por ejemplo, en relación con la exclusión de su ámbito de aplicación de los denominados bienes con elementos digitales –nueva categoría autónoma que se prevé en ambas Directivas[40]–,

---

que resultan de capital importancia para la efectiva consecución de un *corpus uniforme* europeo aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

37. Para una sucinta –pero al mismo tiempo certera– sistematización de los problemas suscitados en este sentido por la Directiva *vid.*, por ejemplo, Aguilera Ruiz, L., «La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770», *La Ley Unión Europea*, N.º 75,30 de noviembre de 2019.

38. *Vid.* en detalle a este respecto FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, cit., pp. 207 y ss.

39. *Vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework», *European Review of Private Law*, Vol. 29, Issue 3, 2021, pp. 517 y ss.

40. *Cfr.* Art. 2.3 de la Directiva 2019/770/UE y Art. 2.5(b) de la Directiva 2019/771/UE.

visto que para que dicha exclusión opere y se aplique la Directiva 2019/771 deben cumplirse una serie de condiciones (Arts. 3.4 DCSD y 3.3 DCV) cuya determinación se antoja en algunos casos extremadamente compleja[41].

La exclusión del ámbito de aplicación, tanto de la Directiva de suministro como de la nueva Directiva de compraventa, de los prestadores de plataformas intermediarias[42] resulta otra de las carencias que ha suscitado notables críticas[43], habida cuenta de la referida importancia que tales plataformas tienen en la dinámicas de contratación del entorno digital[44], como las propias instituciones comunitarias llevan destacando desde hace años[45], así como de la potencial disparidad normativa que la remisión a los Estados miembros de la posibilidad de extender el ámbito de subjetivo de ambas Directivas a tales plataformas entraña, en claro detrimento de los objetivos presuntamente perseguidos con su aprobación. Ausencia de desarrollo acerca del rol contractual desempeñado por las plataformas intermediarias en materia de suministro y compraventa que contrasta, además, con la intensa producción legislativa comunitaria a este respecto en los últimos cinco años, en ámbitos de lo más heterogéneo y con naturaleza y alcance transversales:

---

41. De ahí que tanto la Directiva de suministro como la de compraventa establecen que en caso de duda *se presumirá que el contenido o servicio digital incorporado o interconectado con el bien está comprendido en el contrato de compraventa* (Art. 3.4 y Considerando 21 DCSD y Art. y Considerando 16 3.3 DCV).
42. *Cfr.* Considerando 18 DCSD y Considerando 23 DCV.
43. Sin perjuicio del análisis efectuado en los respectivos Capítulos de la presente obra, para un examen en profundidad de los problemas suscitados por el silencio de ambas Directivas en relación con las plataformas intermediarias nos remitimos a las consideraciones efectuadas en Gómez Pomar, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 6-7 y «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», cit., pp. 535 y ss.; y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «"Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los *e-marketplaces*"», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 665 y ss.
44. *Vid.*, entre otros muchos trabajos, Campos Carvalho, J., «Online Platforms: Concept, Role in the Conclusion of Contracts and Current Legal Framework in Europe», en Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 239 y ss.; o d'alessio, a., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework – Part I: Platform to business user relations», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020.
45. *Vid. Communication from the Commission, Online Platforms and the Digital Single Market* [COM(2016) 288/2 final] y *Communication from the Commission, A European agenda for the collaborative economy* [COM(2016) 356 final].

la ya mencionada Directiva 2019/2161 sobre modernización de los derechos de los consumidores y usuarios, que introduce importantes novedades en materia de información precontractual y prácticas comerciales desleales atinentes a tales plataformas[46]; la *Digital Services Act*[47], la *Digital Markets Act*[48] y el Reglamento P2B (en materia de contratación B2B[49]), Reglamentos directamente aplicables que han supuesto un punto de inflexión a nivel internacional en relación con el régimen aplicable a dichas plataformas[50].

---

46. Nótese que a resultas de dicha Directiva 2019/2161 se ha introducido un nuevo Art. 6 *bis* en la Directiva 2011/83 que obliga a las plataformas a informar oportunamente al consumidor acerca del rol contractual que desempeñan en la transacción celebrada, catalogándose la inducción a confusión a tales efectos y la falta de transparencia acerca del reparto de las obligaciones derivadas del contrato entre la plataformas y el tercero que comercializa los productos, contenidos o servicios como una omisión engañosa, de acuerdo con el nuevo Art. 11 *bis* de la Directiva 2005/29 relativas a las prácticas comerciales desleales. Sobre los cambios introducidos por dicha Directiva 2019/2161/UE en relación con las plataformas *vid.*, por ejemplo, Montinaro, R., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework – Part II: Platform to consumer relations» *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020.
47. Reglamento 2022/2065/UE relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Acerca del cambio de paradigma regulatorio que la aprobación de la DSA entraña *vid.*, por ejemplo, Cauffman, C. y GOANTA, C., «A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection», *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 0, 2021; BUITEN, M. C., «The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation», J*ournal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 12, 2021; o BUSCH, C. y MAK, V., «Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation», *European Legal Studies Institute Osnabrück, Research Paper Series* (No. 21-03/2021).
48. Reglamento 2022/1925/UE sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.
49. Reglamento 2019/1150/UE sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, más conocido como Reglamento P2B (*Platform to Business Regulation*), en el que se regulan las relaciones entre las plataformas y los profesionales que operan a través de ellas, asumiendo la naturaleza asimétrica de tales relaciones (Considerandos 2 y 4). Sobre el enfoque e implicaciones de dicho Reglamento P2B *vid.*, por ejemplo, d'alessio, a., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework – Part I: Platform to business user relations», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020.
50. En particular, a propósito de la impronta de la *Digital Services Act* y *Digital Markets Act* en el régimen jurídico aplicable a las plataformas a nivel europeo y la trascendencia del esquema regulatorio instaurado en ambos Reglamentos *vid.* EIFERT, M., METZGER, A., SCHWEITZER, H. y WAGNER, G., «Taming the Giants: The DMA/DSA Package», *Common Market Law Review*, Vol. 58: Issue 4, 2021, pp. 987 y ss. Para una visión panorámi-

Especial mención merece, asimismo, el problema relativo a las dudas interpretativas suscitadas por el régimen de interacción de la Directiva con el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento 2016/679/UE) y con las normas nacionales atinentes a los requisitos de formación y celebración del contrato, visto que una de las grandes novedades que en ella se instaura es su aplicabilidad a los casos en los que el consumidor no abona un precio por el suministro, sino que se limita a facilitar datos personales cuyo tratamiento no resulta necesario para la facilitación de los contenidos/servicios digitales o para el cumplimiento de requisitos legales por el empresario (Art. 3.1 Directiva 2019/770), una de las materias sobre las que más se ha escrito desde la presentación en 2017 de la por entonces Propuesta de Directiva de suministro de contenidos y servicios digitales[51].

Tales dudas interpretativas no resultan suficientemente resueltas por la mera primacía reconocida en materia de tratamiento de datos personales al Reglamento 2016/679/UE por la Directiva 2019/770/UE (Art. 3.8[52]) y derivan de la doble dimensión –como derecho fundamental y como contraprestación contractual– que los datos personales tratados por el empresario tienen en este tipo de suministro, que no solo se proyectan sobre los requisitos de formación y validez del contrato celebrado (excluidos del ámbito de

---

ca del nuevo marco normativo aplicable en Europa a las plataformas *vid.*, por ejemplo, ARROYO AMAYUELAS, E., «El Derecho de las plataformas en la Unión Europea», en ARROYO AMAYUELAS, E. *et al*, *Servicios en plataformas. Estrategias regulatorias*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 21 y ss.

51. Especial mención merece en este sentido la obra colectiva monográfica dirigida por LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, con numerosas contribuciones de altísima calidad. En nuestro país *vid.*, asimismo y entre otros, García Pérez, R., «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva 770/2019: licitud del tratamiento y conformidad de los contenidos y servicios digitales», en Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 175y ss.; Martínez Calvo, J., «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 88 y ss.; MILÀ RAFEL, R., «Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 407 y ss.; o CONESA CABALLERO, O., «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 2, 2024.

52. Acerca de tal primacía del Reglamento General de Protección de Datos *vid.*, asimismo, las consideraciones efectuadas en los Considerandos 37, 38, 48 o 69 de la Directiva 2019/770.

la Directiva *ex* Art. 3.10 y remitidos a los respectivos ordenamientos nacionales), sino también sobre su dinámica de funcionamiento (en particular en lo que concierne a la revocación libre y unilateral por el consumidor del consentimiento prestado al tratamiento de sus datos personales y su incidencia en la terminación del contrato de suministro por parte del empresario, competencia de los Estados miembros como el Considerando 40 precisa[53]).

Por otro lado, el carácter vacilante de la Directiva 2019/770 y las soluciones de compromiso recogidas en el texto finalmente aprobado a resultas de las preocupaciones manifestadas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos durante la tramitación de la Propuesta respecto al suministro a cambio de datos personales[54], unida a la referida remisión de los aspectos de Derecho contractual general (incluidos los relativos a dichos contratos a cambio de datos) a los Estados miembros, son también las razones que subyacen a la exclusión de su ámbito de aplicación de la mera navegación por internet a cambio de datos (mediante el uso de metadatos, *cookies*, etc.) o de la recepción de publicidad[55], así como del suministro de contenidos/servicios digitales a cambio de «otros datos no personales» (inicialmente cubiertos por la Propuesta de Directiva[56]), situaciones cuya conceptualización como verdaderos supuestos de contratación compete a los respectivos ordenamientos nacionales (Considerando 25).

---

53. *Cfr.*, entre otras muchas aportaciones, Helberger, N., Zuiderveen Borgesius, F. y Reyna, A., «The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law», *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1461-1462; Metzger, A., «Data as Counter-Performance – What Duties do Parties Have?», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 8, Issue 1, 2017, pp. 1 y ss.; o VERSACI, G., «Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection», *European Review of Contract Law*, Vol. 14, Issue 4, 2018, pp. 374 y ss.

54. *Vid. European Data Protection Board Opinions 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content y 8/2018 on the legislative package A New Deal for Consumers*.

55. Acerca de los problemas contractuales suscitados por la mera navegación a cambio de datos personales/no personales o mera exposición del consumidor a publicidad a la luz del estado de la normativa europea y nacional actuales *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar?», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 331 y ss.

56. *Cfr.* STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», en Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 70.

Las limitaciones del ámbito material de aplicación de la Directiva 2019/770 se proyectan igualmente en relación con las indemnizaciones de daños y perjuicios por la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales suministrados, cuya existencia se da por supuesta en los ordenamientos de los Estados miembros (Considerando 73), pese a su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva (Art. 3.10), situación que se reproduce igualmente en la Directiva de 2019/771 (Art. 3.6 y Considerando 61). Aunque tal exclusión no constituye una novedad o particularidad de la Directiva de suministro –sino, más bien al contrario, un *leitmotiv* del *acquis* contractual de consumo[57]–, las particularidades asociadas a la «digitalización» del objeto de los contratos de suministro y de compraventa –respecto de los bienes con elementos digitales– quizás habrían merecido una mayor atención por parte del legislador europeo, en particular por lo que se refiere a la interacción con la Directiva 85/374/CE sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, cuyo concepto de «producto mueble» resulta –en buena medida– incompatible con la naturaleza intangible de los contenidos y servicios digitales suministrados, incorporados o interconectados con otros bienes, con los consiguientes problemas interpretativos que ello entraña[58].

La especial predisposición o aptitud de unos mismos contenidos y servicios digitales para ser utilizados con fines duales, esto es, para servir a intereses tanto privados como profesionales[59], hace igualmente inexplicable la sustracción del ámbito de armonización de las Directivas de compraventa y de suministro de los denominados «contratos con doble finalidad» en los que el objeto comercial no resulta predominante. La aplicabilidad a dichos contratos de las reglas previstas en ambas Directivas se deja a

57. Nótese que, entre otros motivos, las reticencias del legislador europeo en relación con la armonización de las reglas del Derecho de daños se vinculan con las limitaciones derivadas del uso del Art. 114 TFUE como base competencial, como por lo demás se explicita en la evaluación de impacto de la reciente *Digital Services Act*. *Cfr. Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the document Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC* [SWD(2020) 348 final], Part 2/2, Anex 9, pár. 3.2.

58. *Vid.*, por ejemplo, a este respecto Spindler, G., «User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots», en Lohsse, S. *et al.* (Eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 128 y ss.; WENDEHORST, C., «Product Liability or Operator Liability for AI – What is the Best Way Forward?», pp. 101-102 y BORGHETTI, J. S., «Adapting Product Liability to Digitalisation: Trying Not to Put New Wine Into Old Wineskins», pp. 135-139, ambos en Lohsse, S., Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Liability for AI, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023.

59. *Cfr.* Sein, K. y Spindler, G., ob. cit., p. 262.

elección de los Estados miembros (Considerandos 17 DCSD y 21 DCV), en abierta contradicción con el enfoque instaurado en relación con dichos contratos en las Directivas 2011/83 sobre derechos de los consumidores[60] y 1993/13/CE sobre cláusulas abusivas[61] igualmente aplicables a los contratos de compraventa y de suministro, posibilitando que –en función de la opción de transposición adoptada en los respectivos ordenamientos nacionales– las normas de consumo resulten únicamente aplicables a algunos aspectos de un mismo contrato[62]. En la misma línea, las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE confieren, asimismo, a los legisladores nacionales la posibilidad de extender –en términos muy amplios y poco precisos– su ámbito subjetivo de aplicación a las organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y PYMES, habida cuenta –aunque en las Directivas no se precisa– de su mayor «vulnerabilidad» y sus necesidades de contratación de contenidos/servicios digitales con una impronta notable en su dinámica de funcionamiento y en su competitividad en el mercado[63].

En suma, como la propia Directiva 2019/770 se encarga de precisar, su finalidad se limita teóricamente a armonizar totalmente algunos *elementos esenciales* de los contratos B2C de suministro de contenidos y servicios digi-

60. *Cfr.* Considerando 17 de la Directiva 2011/83.

61. Dado que la Directiva 1993/13/CE no aborda expresamente la problemática relativa a la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de los contratos con doble finalidad, ha sido el Tribunal de Justicia el que ha determinado su aplicación a tales contratos en su reciente Sentencia de 8 de junio de 2023, I. *S. y K. S. c. YYY. S. A.*, C-570/21, EU:C:2023:456, apartados 45-53, 59 y 64.

62. Caso particularmente del derecho de las normas previstas en la Directiva 2011/83/UE sobre el derecho de desistimiento y los requisitos de información precontractual, o de los controles de incorporación, contenido y transparencia aplicables a las condiciones generales de la contratación instaurados en la Directiva 1993/13.

63. La importancia de la digitalización de las empresas europeas –particularmente de las PYMES– de cara al incremento de su productividad, competitividad y rentabilidad a futuro y, por ende, sus necesidades de contratación de contenidos/servicios digitales, ha sido destacada en múltiples ocasiones en el plano institucional, tanto a nivel europeo como nacional. Cabe destacar en este sentido las Comunicaciones de la Comisión de 19 de febrero de 2020 *Digital Shaping Europe's Digital Future* [COM(2020) 67 final] y de 10 de marzo de 2020 *An SME Strategy for a sustainable and digital Europe* [COM(2020) 103 final], así como en nuestro país el Plan de Digitalización de PYMES 2021-2025, dentro del cual se enmarca el *Programa ICEX eMarket Services*, cuyo objetivo es facilitar a las empresas españolas la internacionalización a través del canal *online*, especialmente utilizando mercados electrónicos, acompañando a la empresa en todas las fases del proceso de internacionalización en el canal digital a través de servicios de información, formación, asesoramiento y consultoría, acciones de promoción comercial y apoyo operativo en mercados *online*.

tales, con la finalidad –consecuente, como se ha dicho, con la base competencial del Art. 114 TFUE– de reducir los costes de transacción asociados a la potencial disparidad normativa respecto al régimen aplicable a tales contratos en los distintos Estados miembros, a efectos de facilitar a las empresas –especialmente a las PYMES[64]– la posibilidad de ofrecer sus productos en otros Estados miembros y de incrementar el bienestar y protección de los consumidores gracias a la plena armonización de las principales normas[65].

En particular, dichos *elementos esenciales* cuya armonización máxima se declara necesaria tienen que ver –a semejanza de lo que acontece con la Directiva de compraventa 2019/771[66]– con «…las normas sobre la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o de incumplimiento en el suministro y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras, así como sobre la modificación de los contenidos o servicios digitales», proscribiendo la posibilidad de los Estados miembros de establecer normas diferentes a las previstas en la Directiva 2019/770 sobre inversión de la carga de prueba de la falta de conformidad o deber del consumidor de notificación al empresario de la falta de conformidad en un determinado plazo (Art. 1 y Considerando 11).

La virtualidad práctica de tales afirmaciones y objetivos nominalmente perseguidos por la Directiva 2019/770 respecto a la armonización de dichos elementos esenciales capitales para dotar de cierta uniformidad a escala europea a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales decae sobremanera y se ve comprometida tras un somero vistazo a su articulado. Así se aprecia claramente en su Art. 10, a propósito de las medidas correctoras por la falta de conformidad de los contenidos y servicios derivadas de la vulneración de derechos de terceros –en particular en materia de *copyright*–, cuya aplicabilidad puede verse desnaturalizada por la posibilidad reconocida a los Estados miembros de sancionar como nulo o rescindible el contrato celebrado en tales casos (solución que se reproduce igualmente en la Directiva de compraventa 2019/771 en su Art. 9)[67], como por lo demás se explicita con

64. *Cfr.* Considerando 3 de la Directiva 2019/770.

65. *Cfr.* Considerando 11 de la Directiva 2019/770.

66. *Cfr.* Considerandos 6-10 de la Directiva 2019/771.

67. Cabe pensar que esta posibilidad reconocida en los Arts. 10 DCSD y 9 DCV de que la vulneración de derechos de terceros en relación con los bienes, contenidos o servicios digitales vendidos/suministrados se traduzca en la invalidez del contrato celebrado entronca con la sanción de nulidad históricamente dispensada en ordenamientos como el francés para tales casos (en particular por lo que concierne a la venta de cosa ajena

mayor detalle en el Considerando 54 de la Directiva de suministro 2019/770 aludiendo expresamente al saneamiento por evicción[68].

Las limitaciones de la armonización máxima de la Directiva 2019/770 respecto al régimen aplicable en materia de falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales se aprecia, igualmente, en relación con el plazo durante el cual el empresario es responsable de la falta de conformidad objetiva, subjetiva y por integración incorrecta de los contenidos o servicios (en los términos previstos en los Arts. 7 a 9), así como con el plazo de prescripción aplicable al ejercicio por el consumidor de las medidas correctoras asociadas a tal falta de conformidad previstas en el Art. 14, dado el margen de transposición conferido en ambos casos a los legisladores nacionales por el Art. 11 de la Directiva.

---

ex Art. 1599 *Code Civil*), o con la posibilidad admitida por nuestra jurisprudencia de que la existencia de vicios jurídicos en la cosa no determine la entrada en juego de las acciones edilicias, sino la anulabilidad por vicios del consentimiento – ya sea por error o por dolo– en relación con elementos esenciales del contrato (*vid.* en este sentido las SSTS, entre otras, de 7 de abril de 1971, 15 de octubre de 1973, 6 de julio de 1992, 20 de febrero de 2004 o 26 de febrero de 2008). Otro tanto acontece con la posibilidad a la que se alude de que la existencia de derechos de terceros implique la rescindibilidad del contrato celebrado, vista la posibilidad de rescisión asociada a la denominada evicción parcial o al saneamiento por cargas o gravámenes ocultos previstos en algunos Códigos Civiles europeos, cual acontece en el caso del Derecho español con los Arts. 1479 y 1483 CC, si bien la interpretación que debe darse al término rescisión a que aluden tales preceptos resulta una cuestión controvertida (*vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018, pp. 270 y ss.).

68. En este sentido, el referido Considerando 54 de la Directiva 2019/770 destaca cómo «… los vicios jurídicos constituyen una cuestión de especial importancia para los contenidos o servicios digitales, que están sujetos a derechos de propiedad intelectual. Las restricciones relativas al uso por el consumidor de los contenidos o servicios digitales de conformidad con la presente Directiva podrían derivarse de una vulneración de los derechos de terceros. Esta vulneración de los derechos de terceros podría impedir efectivamente que el consumidor disfrute de los contenidos o servicios digitales o de algunas de sus características, por ejemplo, cuando el consumidor no puede acceder de ningún modo a los contenidos o servicios digitales o cuando el consumidor no puede acceder lícitamente a los contenidos o servicios digitales. Ello puede deberse a que el tercero obligue debidamente al empresario a dejar de vulnerar esos derechos y dejar de ofrecer los contenidos o servicios digitales en cuestión o que el consumidor no pueda utilizar los contenidos o servicios digitales sin incumplir la ley. *En caso de que una vulneración de los derechos de terceros dé lugar a una restricción que impida o limite el uso de los contenidos o servicios digitales con arreglo a los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad, a menos que el Derecho nacional disponga la nulidad del contrato o su rescisión, por ejemplo por incumplimiento de la garantía jurídica por evicción*».

Así, por lo que respecta al plazo de garantía por la falta de conformidad, éste se fija en un *mínimo de dos años a partir del momento del suministro* en el caso de los contratos que prevean un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro de contenidos o servicios digitales (Art. 11.2 y Considerando 56 *in fine*). Consecuentemente, los Estados miembros pueden incrementar dicho plazo –situación que se reproduce igualmente en la nueva Directiva de compraventa[69]–, con la consiguiente fragmentación normativa que ello entraña en relación con un aspecto capital del régimen de la falta de conformidad en los contratos de suministro, teóricamente indeseable según la propia Directiva 2019/770, su evaluación de impacto[70] y –en términos más amplios– los resultados plasmados en el *Fitness Check of Consumer and Marketing Law* realizado por la Comisión Europea en 2017[71]. Por el contrario, en los contratos de suministro *continuo* el plazo de garantía por la falta de conformidad se corresponde con el «…período durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato» (Art. 11.3).

En relación con las medidas correctoras por la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales suministrados del Art. 14 de la Directiva, la existencia y regulación del plazo de prescripción –en particular del *dies a quo*-aplicable a tales medidas es una cuestión que se relega a los respectivos ordenamientos nacionales, si bien exigiendo que los plazos de prescripción instaurados por los Estados miembros permitan al consumidor hacer valer de una manera efectiva las medidas correctoras por las faltas de conformidad originadas dentro del plazo de garantía instaurado, variable –en los términos apuntados– en atención a la naturaleza continua o no del suministro en cuestión (Art. 11, apartados 2 y 3 y Considerando 58).

Adicionalmente, un denominador común a las nuevas Directivas de suministro y de compraventa que también compromete la armonización del régimen en materia de falta de conformidad tiene que ver con el expreso reconocimiento de la compatibilidad de las medidas correctoras con el saneamiento por vicios ocultos, a que aluden los Considerandos 12 de la Directiva

69. *Cfr.* Art. 10 de la Directiva 2019/771.

70. *Vid. Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods* [SWD(2015) 274 final], pp. 13 y ss.

71. Para un análisis en detalle de los resultados puestos de relieve en dicho *Fitness Check of Consumer and Marketing Law*, en particular en relación con los contratos de compraventa y la adquisición de contenidos y servicios digitales, *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, cit., pp. 149 y ss.

2019/770 y 18 de la Directiva 2019/771[72], si bien la Directiva de suministro carece en su articulado de una regla expresa a tales efectos (con la que sí que cuenta la Directiva de compraventa en su Art. 3.7 *in fine*). Dicho de otra forma, ambas Directivas asumen la posibilidad de que las medidas correctoras por la falta de conformidad instauradas en sus Arts. 13 y 14 se vean desplazadas por el saneamiento por vicios ocultos, sin que los Estados Miembros vengan obligados a aplicar las nuevas Directivas –*lex specialis*– en lugar de las reglas contractuales generales previstas en sus respectivos Códigos Civiles[73].

Las potenciales divergencias entre los Estados miembros en el régimen instaurado en materia de falta de conformidad se trasladan, asimismo, al derecho de repetición reconocido en las Directivas 2019/770 (Art. 20) y 2019/771 (Art. 18). A este respecto ambas Directivas se limitan a reconocer la existencia de dicho derecho de repetición a favor del empresario/vendedor, pero remitiendo a los ordenamientos nacionales la determinación de quiénes son esas potenciales personas responsables intervinientes en fases previas de la cadena de transacciones (con la duda que se suscita, por ejemplo, respecto a las plataformas intermediarias), así como las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes.

En estrecha conexión con lo anterior, tanto la Directiva de suministro (Considerando 12) como de la de compraventa (Considerando 18) expresamente autorizan, además, la posibilidad de que los Estados miembros establezcan *medidas correctoras de naturaleza extracontractual* a favor del consumidor por la falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales suministrados/adquiridos frente a dichas personas que intervienen en fases previas de la cadena de transacciones, caso, por ejemplo, de los desarrolladores de *software* –no gratuitos o de código abierto– que no son a su vez los empresarios que los suministran al consumidor[74].

Por último –y sin ánimo de exhaustividad– las carencias de la Directiva 2019/770 en la articulación de un régimen uniforme a escala europea sobre la falta de conformidad resultan igualmente apreciables visto el margen

72. En dichos Considerandos 12 y 18 se reproduce la misma fórmula: «La presente Directiva tampoco debe afectar a las normas nacionales que no se refieran específicamente a los contratos con consumidores ni establezcan acciones concretas a causa de determinados tipos de vicios que no fueran manifiestos en el momento en que se celebró el contrato, a saber, disposiciones nacionales que puedan establecer normas específicas relativas a la responsabilidad del empresario por vicios ocultos».

73. *Cfr.* GSELL, B., ob. cit., pp. 101 y ss.

74. *Cfr.* Considerandos 13 y 78 de la Directiva 2019/770/UE.

de maniobra conferido a los ordenamientos nacionales en aspectos tales como: las consecuencias derivadas de los incumplimientos/falta de conformidad no imputables al empresario, por caso fortuito o fuerza mayor (Considerando 14); el papel que los denominados *acuerdos de nivel de servicio* tienen desde el prisma contractual en la determinación de los requisitos o parámetros que –objetiva y subjetivamente– deben valorarse para enjuiciar la existencia de una falta de conformidad (Considerando 42); o la posibilidad, nuevamente, de que el incumplimiento por los contenidos/servicios digitales de los requisitos del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 no se traduzcan necesariamente en la entrada en juego de las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la Directiva, sino en la invalidez del contrato celebrado (Considerando 48).

En nuestra opinión, la combinación de todos estos problemas y lagunas identificados –tanto en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 y como con algunas de sus normas sustantivas clave– comprometen sobremanera el meritado objetivo trazado por el legislador europeo con su aprobación: el establecimiento de un marco jurídico claro y uniforme aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Aunque no cabe duda de que –en términos generales– la Directiva contribuye parcialmente a reducir las incertidumbres que rodeaban en muchos sistemas jurídicos nacionales a las reglas y soluciones para relevantes aspectos del régimen de tales contratos, así como los costes de transacción asociados a la potencial disparidad contractual entre los Estados miembros de las empresas y comerciantes que operan en el sector de los contenidos/servicios digitales, el juicio global no puede ser, siendo prudentes, entusiasta. Los déficits regulatorios observables en aspectos centrales, el elevado margen de maniobra y decisión en la transposición conferido a los Estados miembros comprometen, muy seriamente, la consecución de un «auténtico» mercado único digital europeo. Con ello, por ende, la validez misma desde el punto de vista competencial de la adopción de dicha Directiva[75].

Los problemas suscitados por la Directiva 2019/770 y la complejidad normativa que –indirectamente– su falta de ambición regulatoria o su inca-

75. A propósito de la invalidez de las normas comunitarias de armonización aprobadas *ex* Art. 114 TFUE en pro de la mejora del funcionamiento del mercado interior –cual acontece con la Directiva 2019/770/UE, en los términos previamente apuntados–, en los casos en los que el contenido de la norma y medidas adoptadas resultan contradictorios con los datos, problemas identificados en las evaluaciones de impacto y argumento aducidos en pro de su aprobación *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, cit., pp. 57 y ss.

pacidad para vencer las resistencias de los sistemas legales nacionales han traído aparejadas, se ven acrecentadas, además, si tenemos en cuenta que buena parte de los problemas contractuales característicos del entorno digital previamente descritos –tales como el papel de las plataformas y el régimen de responsabilidad a ellas aplicable, la personalización de precios, la manipulación o inducción a confusión al consumidor (*dark patterns*, prácticas contractuales inadecuadas, etc.), las indemnizaciones por los daños derivados de la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales, etc.– han ido progresivamente abordándose por el legislador europeo en normas posteriormente aprobadas o en curso de aprobación en un futuro próximo. Así se aprecia, particularmente, con las ya referidas Directiva 2019/2161 sobre modernización de los derechos de los consumidores y usuarios, *Digital Services Act* y *Digital Markets Act*, el Reglamento P2B, o con las –todavía en curso de tramitación– Propuestas de Directiva sobre responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial[76] y daños causados por productos defectuosos[77].

La articulación de toda esta batería normativa con las nuevas Directivas de compraventa y de suministro de contenidos y servicios digitales, sumada a las restricciones del ámbito de aplicación de éstas, el acusado margen de apreciación y discrecionalidad en la transposición dispensado a los Estados en relación con aspectos clave de dichos contratos y la simultánea –y necesaria-integración con las normas nacionales «generales» de Derecho contractual supone todo un desafío para los operadores jurídicos de todo tipo. Estos no solo deben lidiar con la motorización legislativa característica de los ordenamientos actuales, sino también con un *corpus* heterogéneo de normas deficitariamente acompasadas entre sí, con los consiguientes problemas que ello entraña en detrimento de la seguridad jurídica a la que las transacciones comerciales deben responder.

III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/770/UE EN EL DERECHO ESPAÑOL

En España, a diferencia de los perezosos hábitos que suele mostrar nuestro legislador en materia de Derecho contractual de consumo, las Directivas del 2019 fueron incorporadas con prontitud –con prisa, cabría

76. Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial [COM (2022) 496 final].

77. Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos [COM (2022) 495 final].

incluso decir– al Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU), por medio del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (todo un *potpurrí* de trasposición de normas, como su propio título sugiere). Prontitud extrapolable igualmente a la transposición efectuada por el legislador catalán que –por vez primera y sin precedentes en el ámbito de los Derechos civiles especiales– ha procedido igualmente a modificar por virtud del Decreto-Ley 27/2021, de 14 de diciembre el Libro Sexto del Código Civil catalán para adaptarlo a las nuevas reglas aplicables a los contratos de compraventa y de suministro de contenidos y servicios digitales instauradas en las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE[78].

Las modificaciones legales en nuestro país fruto de las Directivas 2019/771 y 2019/770 han sido ya objeto de algunos análisis doctrinales sistemáticos –incluso antes de su entrada en vigor, hace ya más de dos años, el 1 de enero de 2022– tanto por lo que respecta a la transposición al Derecho español[79] como al Derecho catalán[80]. Lejos de ofrecer una visión sistemática

78. Para una justificación de la viabilidad en términos competenciales de la transposición de ambas Directivas por parte del legislador catalán *vid.* ARNAU RAVENTÓS, L., «La conformitat del Dret català al Dret europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de Dret no conforme», *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 22, 2020, pp. 107 y ss.

79. *Vid.*, por ejemplo y entre otros muchos, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, N.º 9881, 29 de junio de 2021, 2021; TUR FAÚNDEZ, N., «El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril», *La Ley Mercantil* n.º 83, septiembre de 2021, 2021; o ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa y bienes de consumo y suministro de contenidos digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 41, 2022 y «Spain», en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 625 y ss.

80. A propósito de la transposición catalana *vid.* en particular Arnau Raventós, L. y Gramunt Fombuena, M., «Cap a un dret català conforme a las Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *Indret*, N.º 1, 2022, pp. 171 y ss., así como «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la

y detallada de las normas de transposición –debidamente analizadas en los respectivos capítulos de la presente obra–, baste a los efectos que aquí interesan efectuar algunas reflexiones generales e introductorias sobre la técnica transponedora elegida y lagunas en las que nuestros legisladores –nacional y autonómico– han incurrido en su empresa.

En relación con el modelo de transposición adoptado, conviene destacar que –a diferencia de cuanto acontece en otros países de nuestro entorno, particularmente de Alemania[81]–, en el plano estatal la transposición se ha efectuado, en gran medida, mediante una directa traducción en el TRLGDCU de las disposiciones contenidas en las Directivas de compraventa y suministro, sin una reflexión acerca de la conexión o interferencia de las mismas con otras reglas del Derecho de contratos español, orillando en la mayor parte de los casos el elevado margen de maniobra conferido a los legisladores nacionales y la posibilidad de articular una adecuada coordinación y coherencia con otros ámbitos normativos relacionados.

Se ha desaprovechado igualmente la oportunidad de clarificar algunos de los aspectos clave y de los déficits de ambas Directivas –en los términos previamente apuntados–, así como también –por qué no– de ampliar su ámbito de aplicación[82]. En cuanto a una paralela modificación de aquellos aspectos del régimen contractual español preexistente, y más conectado con la materia de la transposición, ni hablamos, dada la inercia y el *tempo* lento que caracteriza al legislador español de Derecho privado.

---

incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil*, N.º 1, 2023, pp. 75 y ss.

81. Nótese que en el Derecho alemán el acompasamiento entre las normas contractuales «generales» y la normativa de consumo derivada del *acquis* comunitario se remonta a la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002, fruto de la cual el ámbito de aplicación del Código Civil alemán (BGB) se extiende igualmente a las relaciones B2C. En particular, para una visión sistemática de las modificaciones introducidas en el BGB con motivo de las Directivas 2019/770 y 2019/771 *vid.* SCHULZE, R., «Germany», en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 273 y ss.

82. Sirva a tales efectos de ejemplo el sugerente título del trabajo de Ferrer Guardiola, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, N.º 4, 2021, pp. 161 y ss. Para una certera sistematización de las principales carencias apreciables en la transposición española de las Directivas (lagunas, contradicciones, etc.) *vid.*, asimismo, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., en particular pp. 17 y ss.

En este sentido cabe destacar, por lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación de las reglas instauradas en la Directiva 2019/770, la ausencia de cualquier indicación o aclaración acerca del régimen aplicable a las plataformas intermediarias, las cuales, ni son empresarias *ex* Art. 4 TRLGDCU, ni se comprenden entre los sujetos intervinientes en la cadena previa de transacciones frente a los que el empresario puede ejercitar la correspondiente acción de regreso por la falta de conformidad de los productos, contenidos o servicios de la que haya respondido frente al consumidor: la transposición de tal acción de regreso en el Art. 125 TRLGDCU únicamente alude al productor, lo que arroja muchas dudas acerca de la eventual subsunción de las plataformas dentro de la noción de productor prevista en el Art. 5 TRLGDCU –en el que se alude al «intermediario»–. Este planteamiento resulta extrapolable, igualmente, al incierto rol de dichas plataformas intermediarias respecto a las declaraciones hechas por personas en fases previas de la cadena de transacciones sobre las características de los bienes, contenidos o servicios, relevantes en la determinación objetiva de su no conformidad. A este respecto, de nuevo el Art. 115 *ter* TRLGDCU alude, de forma expresa, únicamente al productor. De hecho, las únicas referencias explícitas a las plataformas se restringen a los específicos requisitos de información que los «proveedores de mercados en línea» deben facilitar a los consumidores (Arts. 20 y 97 *bis* TRLGDCU), a resultas de las modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, para la transposición de la Directiva 2019/2161 sobre derechos de los consumidores. Consecuentemente, tales plataformas carecen de un régimen *ad hoc* en el ordenamiento español, a la vista del desplazamiento de las reglas contenidas a tales efectos en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico por el Reglamento de Servicios Digitales 2022/2065 antes referido, directamente aplicable sin transposición alguna. En realidad, no subyace a la reforma operada en el Derecho español para transponer las Directivas europeas de 2019 siquiera un dibujo o un modelo regulatorio que sirva de patrón organizador en nuestro sistema.

De manera semejante, en relación con los contratos con doble finalidad, la subsunción dentro de las normas del TRLGDCU y criterios que a tales efectos deben concurrir continúan pendiendo de la jurisprudencia existente en la materia, tanto del Tribunal de Justicia[83] como del Tribunal

83. *Vid*. SSTJUE de 20 de enero de 2005, *Johann Gruber c. Bay Wa AG*, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 54; 25 de enero de 2018, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 32; 14 de febrero de 2019, *Anica Milivojević c. Raiffeisenbank St.*

Supremo[84]. Esta cuestión plantea importantes matices en el caso de la normativa catalana, habida cuenta de la extensión de las reglas de los contratos de suministro –con carácter dispositivo– también a la contratación B2B[85].

A diferencia de cuanto acontece en el Derecho catalán, la aplicación de las normas de la Directiva 2019/770 a las PYMES y empresas emergentes ha sido, asimismo, descartada en la transposición española operada en el TRLGDCU, desoyendo autorizadas voces favorables a tal extensión[86]. Con todo, la mayor amplitud del concepto de consumidor del Art. 3 TRLGDCU respecto del modelo regulatorio de las Directivas de consumo –que precede, como es notorio, a la transposición española de las Directivas de suministro y compraventa de 2019– sí que comprende a los entes sin personalidad jurídica (singularmente, a las comunidades de propietarios), así como a las entidades sin ánimo de lucro –a que ambas Directivas aluden–,cual acontece, particularmente, con las asociaciones o fundaciones.

En cuanto a las soluciones sustantivas, las únicas decisiones autónomas del legislador español en uso del margen de libertad conferido por la Directiva 2019/770 en múltiples aspectos, tienen que ver con los efectos que la revocación por el consumidor del consentimiento al tratamiento de sus datos personales produce en los contratos de suministro a cambio de tales datos personales –cifrados en la posibilidad del empresario de resolver o desistir del contrato, incierta en el caso de que la contraprestación del consumidor tenga carácter mixto[87]–, así como con el reconocimiento de una acción directa del consumidor frente al productor en caso de falta de

---

Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen, C-630/17, EU:C:2019:123, apartado 91; y 8 de junio de 2023, I. *S. y K. S. c. YYY. S. A.*, C-570/21, EU:C:2023:456, apartados 45-53, 59 y 64.

84. *Vid.* SSTS, entre otras, de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669), 18 de enero, 14 de junio y 9 de diciembre de 2022 (RJ 2022, 55, RJ 2022, 2988 y RJ 2022, 5672) y de 19 de junio y 21 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 4983 y JUR 2023, 434330).

85. *Cfr.* Art. 621-67.3 CCCat.

86. *Cfr.*, por ejemplo, ARROYO AMAYUELAS, E., «Spain», cit., p. 633. No es, con todo, una decisión insólita del legislador español, pues también en Alemania la nueva reglamentación de los contratos sobre productos digitales se circunscribe a los contratos de consumo: METZGER, A., «Vor §327 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., CH Beck, Múnich, 2022, Rn. 3.

87. *Cfr.* Arts. 119 *ter*, apartado 7, TRLGDCU y 621-78 CCCat. Cabe destacar que en gran medida los efectos prácticos en uno y otro caso (resolución *vs* desistimiento) parecen resultar coincidentes, habida cuenta de la imposibilidad –previstas en ambos preceptos– de que el empresario que resuelve/desiste del contrato a resultas de la revocación por el consumidor del consentimiento al tratamiento de sus datos personales pueda obtener una indemnización de daños y perjuicios.

conformidad de los productos, contenidos y servicios directamente cuando «*…le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario*» (Art. 125 TRLGDCU).

El resto de cuestiones que la Directiva 2019/770 deja abiertas en lo atinente al régimen jurídico de los contratos de suministro a cambio de datos, en particular todas aquéllas referentes a la interrelación con el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679, no encuentran en el régimen español un tratamiento específico, más allá de la catalogación como contraprestación de los datos personales en tales contratos con motivo de la reproducción de las reglas previstas en la Directiva sobre el destino de los datos en caso de resolución del contrato (Arts. 119 *ter* TRLGDCU y 621-77 CCCat). En este sentido, el TRLGDCU no ofrece respuesta a la posibilidad de conceptualizar como genuinos contratos de suministro los supuestos en los cuales los datos personales no son facilitados activamente por el consumidor –sino so de manera pasiva, a través, en particular, de *cookies*–, en los que no se facilitan datos personales –sino otros datos, cosa que sí que se contempla el Código Civil de Cataluña[88]– o en los que el consumidor sencillamente se expone a recibir publicidad a cambio del acceso a contenidos o servicios[89].

Cabe igualmente destacar la falta de caracterización legislativa de la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[90] (que ni siquiera gozan de una definición autónoma en el TRLGDCU, y –nuevamente– tan solo de forma indirecta en el Código Civil catalán, catalogándolos expresamente como *contratos onerosos*[91]). Tampoco encontramos régimen aplicable a la indemnización de daños y perjuicios por la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales suminis-

88. *Cfr.* Art. 621-67.1 CCCat. Por lo demás, la propia Exposición de Motivos del Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, que incorpora las Directivas de compraventa y suministro al Código Civil catalán, confirma tal posibilidad de extensión de las reglas sobre los contratos de suministro cuando no se facilitan datos personales sino otros datos, cuando destaca cómo: «No se prevé expresamente, pero *tampoco se descarta, que los datos sean de otro tipo* y, entonces, existirá contrato oneroso siempre que se cumplan todos los requisitos de acuerdo con las normas generales relativas a los elementos y la formación del contrato aplicables a Cataluña» (apartado IV).

89. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., pp. 22 y 26.

90. Tampoco lo hacen otros legisladores nacionales, dicho sea de paso. En Alemania, la transposición de la Directiva 2019/770 se ha plasmado en el Derecho general del contrato y ha elegido, conscientemente, la «neutralidad tipológica» en la caracterización de los contratos sobre contenidos y servicios digitales: METZGER, A., «Vor §327 BGB», cit., Rn. 19.

91. *Cfr.* Art. 621-67 CCCat.

trados. Es esta última una materia central que no desarrolla el TRLGDCU sino que, empleando fórmulas anteriores, se limita a remitir a la legislación civil y mercantil *ex* Arts. 116, 117.1 y 128 TRLGDCU.

En lo que concierne al plazo de garantía por la falta de conformidad, el legislador español se ha decantado en el caso de los contenidos y servicios digitales por el mínimo de dos años previsto en la Directiva 2019/770, a diferencia de cuanto acontece con los bienes (en los que el plazo se amplía a tres años), a salvo los contratos de suministro continuo –cuyo plazo de garantía se corresponde con el del suministro en cuestión– (Arts. 120 y 621-73.2 y 621-74.1 CCCat), así como la adquisición de bienes con elementos digitales asociados a un suministro también continuo, en cuyo caso el plazo es de tres años (Arts. 120 TRLGDCU y 621-23.2 CCCat).

En materia de prescripción, cuyo régimen la Directiva 2019/770 remite a los respectivos ordenamientos nacionales dentro de ciertos límites en los términos previamente apuntados, tanto en el caso del TRLGDCU como en el del Código Civil de Cataluña se ha optado por un tratamiento conjunto de los plazos de responsabilidad y de prescripción, en tanto se prevé que el plazo para ejercitar las medidas correctoras asociadas a la falta de conformidad prescribe en el plazo de cinco años (Art. 124 TRLGDCU) o de tres años (Art. 621-44.3 CCCat) desde la manifestación de la falta de conformidad, acogiendo un criterio subjetivo en la fijación del *dies a quo* (en esto, el Derecho estatal se aparta de la regla objetiva anteriormente acogida en el Art. 123.4 TRLGDCU). La falta de conformidad-como se ha dicho– está cubierta por un plazo de garantía de dos años para los contratos de suministro de tracto único, o superior en el caso de suministro continuo de contenidos y servicios digitales, o de tres años en el caso de los bienes con elementos digitales. A resultas de dicho esquema, los plazos durante los cuales el empresario queda expuesto a la posibilidad de enfrentarse al ejercicio de una medida correctora por el consumidor, se antojan particularmente largos, en particular por lo que respecta al suministro de contenidos y servicios asociado a la adquisición de bienes con elementos digitales.

Por último, cabe destacar que la previsión del Considerando (12) de la Directiva 2019/770, en el sentido de que sus reglas no afectan a las normas nacionales y a las acciones por vicios ocultos, siempre que no sean específicas de los contratos con consumidores, se ha traducido –como ya ocurrió en la transposición de la Directiva 1999/44, aunque en esta no había mención especial de las reglas nacionales sobre vicios no manifiestos, sino sobre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual– en la incom-

patibilidad de acciones derivadas del saneamiento y las del TRLGDCU que trasponen la Directiva 2019/770: Art. 116 I TRLGDCU.

IV. OPORTUNIDAD, ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA OBRA

La aprobación de la Directiva 2019/770 y su transposición a los Derechos español y catalán ha supuesto la introducción en nuestro país de una figura contractual aparentemente autónoma, el contrato de suministro de suministro de contenidos y servicios digitales, en lo que constituye un claro ejercicio de adaptación legislativa –que no innovación– al devenir de los nuevos escenarios de contratación característicos del entorno digital, confiriendo un *status* jurídico diferenciado a la masiva contratación que todos los días se produce de tales contenidos y servicios.

Este alumbramiento a la vida jurídica «oficial» española del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales es el que justifica la oportunidad de la obra que se presenta, habida cuenta de lo infrecuente que resulta en nuestros días asistir a la creación de nuevos tipos contractuales legales. La ocasión bien merece una obra monográfica. Máxime si tenemos en cuenta que de la mano del reconocimiento jurídico de dichos contratos de suministro se confiere reconocimiento legal a un nuevo concepto jurídico de «onerosidad» a efectos contractuales, basada no en el abono de un precio o el intercambio de bienes/servicios, sino en la posibilidad de explotación económica de los datos de los consumidores sobre la que se asienta el modelo de negocio de algunas de las grandes corporaciones tecnológicas actuales.

Con esta idea en mente, creemos que en este momento y lugar cobra sentido una obra colectiva como la que ahora se presenta a los lectores, brindando una visión que trata de ser de conjunto y sistemática, del régimen jurídico aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que entendemos no existe en nuestro país. La obra no se organiza como un comentario sistemático de los preceptos de la Directiva 2019/770 –ya existente a nivel europeo y abordado de forma particularmente solvente[92]–, ni de sus normas de transposición en el Texto Refundido de Consumidores y Usuarios y en el Código Civil de Cataluña (que ya cuentan con sus propios comentarios), sino en torno a los grandes bloques o ejes temáticos en torno a los cuales se articula el régimen aplicable a dichos contratos de suministro de

92. Nos referimos en particular al comentario sistemático coordinado por SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)* C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020.

contenidos y servicios digitales, aunque sin orillar la ordenación y secuencia de materias –l*ógica por lo demá*s– adoptada en la propia Directiva 2019/770.

En este espíritu, el primer *ámbito* temático de la obra tiene un carácter prevalentemente introductorio, con dos capítulos dirigidos a tratar de contextualizar los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Así, el primer capítulo propiamente dicho de la obra aborda las definiciones jurídicas aplicables en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: el concepto mismo de tales contenidos y servicios, la nueva categoría –presente en ambas Directivas 2019/770 y 2019/771– de los bienes con elementos digitales, las figuras –reiteradamente incluidas en el *acquis* de consumo– de consumidor y empresario, los datos personales, el precio, entorno digital, integración, interoperabilidad y compatibilidad, funcionalidad y soporte duradero.

En estrecha ligazón con estas definiciones, el segundo capítulo se detiene en la caracterización y régimen propio de los contratos de suministro y él se analizan –en gran medida en correspondencia con el Art. 3 de la Directiva 2019/770– los problemas relativos a las lagunas del ámbito material de aplicación de las normas instauradas tanto en la propia Directiva como en su transposición en España. En particular, en este capítulo se abordan los problemas relativos al rol contractual de las plataformas, los contratos con doble finalidad, los contenidos y servicios digitales excluidos, la incidencia del soporte utilizado para la transmisión o acceso de los contenidos y servicios en la naturaleza jurídica y reglas aplicables al contrato celebrado, los desafíos planteados por el tratamiento híbrido conferido a los bienes con elementos digitales y su interrelación con la figura de los contratos mixtos y los contratos accesorios o complementarios, la responsabilidad por los daños causados por la falta de conformidad de los contenidos y servicios suministrados, incorporados o interconectados y –por último– los interrogantes generados por el suministro a cambio de datos personales y la tortuosa articulación entre las facetas *iusfundamental* y contractual de tales datos.

El siguiente bloque temático se articula en torno a la obligación de suministro y el tratamiento dispensado a la falta de conformidad, sus parámetros de determinación, los remedios asociados a dicha falta de conformidad y los plazos para el ejercicio de tales remedios, aspectos en los que se centran la mayor parte de las normas contenidas en la Directiva 2019/770, visto que –según se ha dicho– el objetivo perseguido por el legislador europeo con su aprobación se cifra en la articulación de un régimen uniforme pero sin un objetivo de exhaustividad, circunscrito a los aspectos esenciales de los

contratos de suministro y, por ende, del régimen legal de la conformidad de los contenidos y servicios digitales suministrados.

A tales efectos, este segundo bloque temático comienza con un capítulo dedicado a la obligación primaria a cargo del empresario, esto es, la de suministro de los propios contenidos y servicios digitales. El régimen de esta obligación difiere en función de si los contenidos y servicios se facilitan en un soporte material o no, analizando los plazos aplicables en cada caso, la responsabilidad del empresario por la falta de suministro (cuya carga de prueba le incumbe), así como las medidas correctoras en caso de su incumplimiento. Estas consisten básicamente en la posibilidad del consumidor de resolver el contrato previo requerimiento al empresario o de forma inmediata, según las circunstancias concurrentes en cada caso. Todo ello con el acento, además, en las asimetrías y lagunas que la regulación en la Directiva 2019/770 de la obligación de suministro suscita, tales como la ausencia de referencia a la obligación de pago del precio por el consumidor como presupuesto de la exigibilidad de la obligación de entrega, las consecuencias aparejadas a la no recepción o ausencia de cooperación del consumidor en el cumplimiento por el empresario de dicha obligación, el plazo en el que debe denunciarse el incumplimiento de la obligación de suministro o los problemas relativos a la transmisión de los riesgos que puedan afectar a los contenidos/servicios digitales y a la imposibilidad sobrevenida –y no imputable al empresario– de cumplir con la obligación de entrega.

A continuación se analiza el tratamiento dispensado a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, comenzando por su concepto mismo, la función que dicha noción desempeña en el plano económico-contractual comunitario, nacional y comparado y las particularidades que entraña en relación con el suministro de contenidos y servicios digitales, desentrañando los parámetros tanto subjetivos –derivados del propio contrato celebrado– como objetivos –usos a los que normalmente se destinan los contenidos y servicios, características de las versiones de prueba facilitadas, déficits de instrucciones o accesorios, legítimas expectativas del consumidor y declaraciones públicas del empresario sobre las características de los contenidos y servicios, problemas atinentes a su actualización y a su integración– conforme a los cuales debe enjuiciarse tal conformidad.

A semejanza de cuanto acontece en el propio articulado de la Directiva 2019/770, la falta de conformidad derivada de la existencia de derechos de terceros sobre los contenidos y servicios digitales suministrados que impida o limite su uso –en particular por la vulneración de derechos en exclusiva

de propiedad intelectual, vista la naturaleza eminentemente inmaterial del objeto de los contratos de suministro– es objeto de un análisis separado en un capítulo monográfico. En este se abordan los problemas suscitados por la contractualización de los límites a los derechos de autor inherentes al suministro de los contenidos y servicios, las medidas que tecnológicamente pueden y deben desplegarse para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual de terceros y sus límites, junto con la impronta de las restricciones de uso que el titular puede imponer sobre dichos contenidos y servicios suministrados en su falta de conformidad, lo que inexorablemente obliga una a lectura conjunta y coordinada de las disposiciones de la Directiva a la luz de la normativa sectorial existente, tanto europea como nacional, en materia de propiedad intelectual.

Los plazos de responsabilidad del empresario por la falta de conformidad de los contenidos y servicios y los plazos de ejercicio de las alternativas correctoras, así como el análisis de las diferentes medidas de corrección propiamente dichas constituyen el objeto de sendos capítulos diferenciados. Por lo que respecta a la primera familia de cuestiones, partiendo de la diferenciación entre plazos de garantía legal y plazos de prescripción de las pretensiones asociadas a la falta de conformidad –si bien apuntando su combinación en la práctica en muchos casos, a resultas de la concatenación de tales plazos– y entre prescripción y caducidad (en función de las medidas correctoras ejercitadas por el consumidor), se abordan los plazos de responsabilidad del empresario por la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales (divergentes en función del carácter continuo o no del suministro y de si los contenidos/servicios se vinculan a un bien con elementos digitales, plazos que han experimentado en algunos casos un incremento en la transposición española), su oportunidad en términos de política legislativa, y el plazo de prescripción para el ejercicio de las medidas correctoras y su *dies a quo*. Se analiza igualmente su interrelación con la inversión de la carga de la prueba de la falta de conformidad (a cargo del empresario, también dispar cuando los contenidos/servicios están asociados a bienes con elementos digitales), la supresión de la exigencia de notificación por el consumidor de la existencia de la falta de conformidad en un determinado plazo, la casuística particular de las actualizaciones, los pactos sobre el acortamiento del plazo de prescripción y las particularidades a tener en cuenta respecto a la falta de conformidad «jurídica».

En lo que concierne al estudio de los remedios de que dispone el consumidor por la falta de conformidad, además –por descontado– de su enumeración, la diferenciación entre remedios armonizados (puesta en

conformidad, reducción del precio y resolución) y no armonizados (indemnizaci*ón* de daños y perjuicios y suspensión del pago del precio, junto con el régimen que les resulta de aplicación), la jerarquía existente entre ellos y los consiguientes requisitos a los que se supedita el ejercicio de cada uno de los mismos, así como los efectos y los plazos de que el empresario dispone una vez ejercitados por el consumidor, se analiza, asimismo, su controvertida compatibilidad con las acciones basadas en el Derecho general de contratos.

Al igual que ocurre con la falta de conformidad jurídica de los contenidos y servicios, la importancia y las implicaciones asociadas a la resolución del contrato celebrado por la falta de suministro, modificación o falta de conformidad de los contenidos/servicios suministrados cuenta con un capítulo propio y diferenciado en esta obra. Se desgajan con ello las circunstancias en las cuales el mecanismo resolutorio resulta procedente y los requisitos que para ello deben darse, el carácter automático o, por el contrario, supeditado a la previa comunicación del consumidor de su intención de ejercicio, así como los efectos aparejados a su entrada en juego, dispensando un tratamiento diferenciado al régimen resolutorio aplicable a los contratos de suministro a cambio del tratamiento de datos personales del consumidor, su ejercicio por el empresario en caso de revocación del Art. 7.3 RGPD y las implicaciones que la resolución lleva aparejadas para el empresario respecto a los contenidos distintos de los datos personales facilitados o creados por el consumidor y para éste en relación con el uso, pago o puesta a disposición de terceros de los contenidos y servicios propiamente dichos.

La obra concluye con dos capítulos dedicados, respectivamente, al derecho de repetición del empresario frente a personas intervinientes en fases previas de la cadena de transacciones por la responsabilidad en que haya incurrido frente al consumidor por el incumplimiento del suministro o faltas de conformidad achacables a los contenidos y servicios digitales, en primer término, y al carácter imperativo de las normas de protección de los consumidores previstas en la Directiva 2019/770, en segundo lugar. Concretamente, en cuanto al derecho de repetición se aborda la naturaleza de la acción a él aparejada, los sujetos frente a los que puede ejercitarse, las causas de oposición, junto a sus plazos de ejercicio y el *dies a quo* de la pretensión. Por su parte, la imperatividad de la Directiva se contrapone al rol asignado a la autonomía privada en el *acquis* de consumo y, en general, en el derecho de contratos que gobierna las transacciones económicas. La cuestión se examina, en particular, a la luz de las limitaciones de la armonización máxima instaurada en relación con la noción de falta de conformidad y su carga de

la prueba, al tiempo que se valoran las implicaciones tanto jurídicas como económicas que entraña la imperatividad del régimen legal.

Como es de ley, solo nos resta someter esta obra colectiva al buen juicio y a la benevolencia de los lectores.

Madrid y Oviedo, abril de 2024.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L., «La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770», *La Ley Unión Europea*, N.º 75, 30 de noviembre de 2019.

ARNAU RAVENTÓS, L., «La conformitat del Dret català al Dret europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de Dret no conforme», *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 22, 2020, pp. 107-146 (disponible online en https://raco.cat/index.php/RevistaDretPrivat/article/view/398960).

ARNAU RAVENTÓS, L. y GRAMUNT FOMBUENA, M., «Cap a un dret català conforme a las Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *Indret*, N.º 1, 2022, pp. 171-205 (disponible online en https://indret.com/cap-a-un-dret-catala-conforme-a-les-directives-ue-2019-770-i-2019-771/).

ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa y bienes de consumo y suministro de contenidos digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 41, 2022, pp. 1-32 (disponible online en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955).

– «Spain», en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 625-647.

BECHER, S. y ZARSKY, T., «Minding the Gap», *Connecticut Law Review*, Vol. 51, No. 1, febrero de 2019, pp. 69-116 (disponible online en https://digitalcommons.lib.uconn.edu/law_review/410/).

BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M., «Inside the Engine Room of Digital Platforms: Reviews, Ratings and Recommendations», Working Paper WP 2018-Nr. 06, École d'Économie d'Aix-Marseille, 2018 (disponible online en https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&o-

pi=89978449&url=https://www.amse-aixmarseille.fr/en/file/709/download%3Ftoken%3D2TcSrcnW&ved=2ahUKEwiN3uKbqLWGAxUM7gIHHTVfAL4QFnoECA8QAQ&usg=AOvVaw3Cg9JF28J5gsU1Y0wOFAG4).

– «Platforms and network effects», en CORCHÓN, L. y MARINI, M. (Eds.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization II: Applications*, Edward Elgar, 2018, pp. 286-317.

BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford University Press, 2021.

BERNHEIM, B. D., DELLAVIGNA, S. y LAIBSON, D. (Eds.), *Handbook of Behavioral Economics. Foundations and Applications*, Vol. 2, North Holland, 2019.

BLAKE, T., MOSHARY, S., SWEENEY, K. y TADELIS, S., «Price Salience and Product Choice», *Marketing Science,* Vol. 40, No. 4, 2021, pp. 619-636 (disponible online en https://pubsonline.informs.org/doi/10.1287/mksc.2020.1261).

BORGHETTI, J. S., «Adapting Product Liability to Digitalisation: Trying Not to Put New Wine Into Old Wineskins», en Lohsse, S., Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Liability for AI* (*Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 129-164.

BROWN, J., HOSSAIN, T. y MORGAN, J., «Shrouded Attributes and information suppression: evidence from the field», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 125, No. 2, 2010, pp. 859-876.

BUITEN, M. C., «The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation», J*ournal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 12, 2021, pp. 361-380 (disponible online en https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-12-5-2021/5491).

BUSCH, C., «Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law», *University of Chicago Law Review*, Vol. 86: Issue 2, Art. 9, 2019, pp. 309-331 (disponible online en https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol86/iss2/9/).

BUSCH, C. y MAK, V., «Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation», *European Legal Studies Institute Osnabrück, Research Paper series* (No. 21-03/2021) (disponible online en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3933675).

CAI, H., JIN, G., LIU, C. y ZHOU, L., «More Trusting, Less *Trust*? An Investigation of Early E-commerce in China», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper NBER 18961, 2013 (disponible online en, *http://www.nber.org/papers/w18961).*

CALO, R., «Digital Market Manipulation», *George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, pp. 995-1051 (disponible online en https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2014/10/Calo_82_41.pdf).

CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, N.º 9881 (Sección Tribuna), 29 de junio de 2021.

– «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar?», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 331-405.

CAMPOS CARVALHO, J., «Online Platforms: Concept, Role in the Conclusion of Contracts and Current Legal Framework in Europe», en Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 239-254 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

CAUFFMAN, C. y GOANTA, C., «A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection», *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 0, 2021, pp. 1-17 (disponible online en *https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/new-order-the-digital-services-act-and-consumer-protection/8E34BA8A209C61C42A1E7ADB6BB904B1*).

CONESA CABALLERO, O., «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 2, 2024 (disponible online en https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/428498/522926).

DE FRANCESCHI, A. y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023.

EIFERT, M., METZGER, A., SCHWEITZER, H. y WAGNER, G., «Taming the Giants: The DMA/DSA Package», *Common Market Law Review*, Vol. 58: Issue 4, 2021, pp. 987-1028.

EYSTER, E., «Errors in strategic reasoning», en DOUGLAS BERNHEIM, B., DELLAVIGNA, S. y LAIBSON, D. (Eds.), *Handbook of Behavioral Economics. Foundations and Applications*, North Holland, Vol. 2, 2019, pp. 187-259.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018.

– «Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework», *European Review of Private Law*, Vol. 29, Issue 3, 2021, pp. 517-544.

– «Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los *e-marketplaces*», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 665-763.

– *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, N.º 4, 2021, pp. 161-226 (disponible online en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/691).

GABAIX, X., «Behavioral Inatention», en DOUGLAS BERNHEIM, B., DELLAVIGNA, S. y LAIBSON, D. (Eds.), *Handbook of Behavioral Economics. Foundations and Applications*, Vol. 2, North Holland, 2019, pp. 261-343.

GABAIX, X. y LAIBSON, D., «Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets», *Quarterly Journal of Economics*, No. 2, 2006, pp. 505-540.

GANUZA, J. J. y LLOBET, G., «Personalized Prices in the Digital Economy», en GANUZA, J. y LLOBET, G., *Economic Analysis of the Digital Revolution*, FUNCAS, 2018, pp. 117-142 (disponible online en https://www.funcas.es/libro/economic-analysis-of-the-digital-revolution-noviembre-2018/).

GARCÍA PÉREZ, R., «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva 770/2019: licitud del tratamiento y conformidad de los contenidos y servicios digitales», en Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 175-208 (disponible online en https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491238454.pdf).

GÓMEZ POMAR, F., «The Unfair Commercial Practices Directive. A Law and Economics Perspective», *European Review of Contract Law*, Vol. 2, No. 1, 2006, pp. 4-34.

– «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret*, N.º 4, 2021 (disponible online en https://indret.com/el-nuevo-derecho-europeo-de-la-venta-a-consumidores-una-necrologica-de-la-directiva-1999-44/).

– «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 495-549.

GÓMEZ POMAR, F. y ARTIGOT GOLOBARDES, M., «Rational Choice and Behavioral Approaches in Consumer Law», en MICKLITZ, H., SIBONY, A.–L. y ESPOSITO, F. (Eds.), *Handbook of Consumer Research*, Edward Elgar, 2018, pp. 119-164.

GSELL, B., «Time limits remedies of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 101-118 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

HANSON, J. y KYSAR, D., «Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation», *New York University Law Review*, Vol. 74, No. 3, 1999, pp. 630-749 (disponible online en https://www.nyulawreview.org/issues/volume-74-number-3/taking-behavioralism-seriously-the-problem-of-market-manipulation/).

HELBERGER, N., ZUIDERVEEN BORGESIUS, F. y REYNA, A., «The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law», *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1427-1465.

HOFFMAN, D., «From Promises to Form: How Contracting Online Changes Consumers», *New York University Law Review*, Vol. 91, No. 6, 2016, pp. 1595-1650 (disponible online en https://www.nyulawreview.org/issues/volume-91-number-6/from-promise-to-form-how-contracting-online-changes-consumers/).

HOSSAIN, T. y MORGAN, J., «Plus Shipping and handling: revenue (non) equivalence in field experiments on eBay», *The B. E. Journal of Economic Analysis & Policy*, Vol. 5: Issue 2, 2006.

HUI, X., SEEDI, M., SHEN, Z., y SUNDARESAN, N., «Reputation and Regulations: Evidence from eBay», *Management Science*, Vol. 62, No. 12,

2016, pp. 3604-3616 (disponible online en https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/mnsc.2015.2323?journalCode=mnsc).

JIN, G. Z., LUCA, M. y MARTIN, D., «Is No News (Perceived As) Bad News? An Experimental Investigation of Information Disclosure», *Harvard Business School*, Working Paper No. 15-078, 2015 (disponible online en https://dash.harvard.edu/handle/1/14425961).

KLEIN, T., LAMBERTZ, C. y STHAL, K., «Market Transparency, Adverse Selection and Moral Hazard», *Journal of Political Economy*, Vol. 124: Issue 6, 2016, pp. 1677-1713 (disponible online en https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/688875).

LACETERA, N., POPE, D. y SYDNOR, J., «Heuristic thinking and limited attention in the car market», *American Economic Review*, Vol. 102, No. 5, 2012, pp. 2206-2236 (disponible online en https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.102.5.2206)

LIU, M., BRYNJOLFSSON, E. y DOWLATABADI, J., «Do digital Platforms Reduce Moral Hazard? The Case of Uber and Taxis», *Management Science*, Vol. 67, No. 8, 2021, pp. 4665-4685.

LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?* Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020.

LOOS, M. *et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, *Centre for the Study of European Contract Law*, University of Amsterdam, 2011 (disponible online en *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fee0cc7-5f4d-46c5-897b-48844f07f027*).

LUGURI, J. y STRAHILEVITZ, L. J., «Shining a Light on Dark Patterns», *Journal of Legal Analysis*, Vol. 13, No. 1, 2021, pp. 43-109 (disponible online en https://academic.oup.com/jla/article/13/1/43/6180579).

MARTÍNEZ CALVO, J., «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 88-135 (disponible online en *https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/1672.pdf*).

METZGER, A., «Data as Counter-Performance – What Duties do Parties Have?», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 8, Issue 1, 2017, pp. 1-8 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528).

– «Vor §327 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2022 (Beck online).

MILÀ RAFEL, R., «Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 407-450.

MONTINARO, R., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework – Part II: Platform to consumer relations», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020 (disponible online en https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/article/view/1262).

MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, Issue 5, 2019, pp. 194-201.

– «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa y de contenidos digitales», en Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 31-48.

NOSKO, C. y TADELIS, S., «The limits of reputation in platform markets: An empirical analysis and field experiment», *National Bureau of Economic Research* Inc., NBER Working paper 20830, 2015 (disponible online en https://www.nber.org/papers/w20830).

PORAT, H., «Consumer Protection and Disclosure Rules in the Age of Algorithmic Behavior-Based Pricing», *Harvard Law School*, Working Paper, 2021 (disponible online en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4254326).

ROSSI, M., «Asymmetric Information and Review Systems: The Challenge of Digital Platforms», en GANUZA, J. y LLOBET, G., *Economic Analysis of the Digital Revolution*, Funcas, 2018, pp. 47-74 (disponible online en https://www.funcas.es/libro/economic-analysis-of-the-digital-revolution-noviembre-2018/).

– «How Does Competition Affect Reputation Concerns? Theory and Evidence from Airbnb», *Center for Economic Studies and ifo Institute (CESifo)*, Working Paper No. 7972, 2019 (disponible online en https://www.cesifo.org/en/publications/2019/working-paper/how-does-competition-affect-reputation-concerns-theory-and-evidence).

SCHOLZ, L. H., «Algorithmic Contracts», *Stanford Technology Law Review*, Vol. 20, Issue 2, pp. 128-169 (disponible online en *https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/03/3_SCHOLZ-FINAL_Formatted_Mar18.pdf*).

SCHULZE, R., «Germany», en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 273-300.

SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020.

SEIN, K., «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods: Goods with Embedded Digital Content in the Borderland between the Digital Content Directive and Normal Contract Law», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 8, Issue 2, 2017, pp. 96-110 (disponible online en *https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-8-2-2017/4559*).

– «"Goods with digital elements" and the Interplay with Directive 2019/771 on the Sale of Goods», 2020 (disponible online en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600137).

SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part I», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, pp. 257-279.

SÉNÉCHAL, J., «Article 2. Definitions», en Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Eu Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 43-57.

SPINDLER, G., «User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots», en Lohsse, S. *et al.* (Eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 125-143.

STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», en Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 57-91.

TADELIS, S., «Reputation and Feedback Systems in Online Platform Markets», *Annual Review of Economics*, Vol. 8: Issue 1, 2016, pp. 321-340 (disponible online en https://www.annualreviews.org/docserver/fulltext/economics/8/1/annurev-economics-080315-015325.pdf?expires=1717070650&id=id&accname=guest&checksum=964778F2610B71FA85E1CF1BCDA0FE8D).

VANHERPE, J. «While Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) questions regarding the Directives on Sales of Goods ans Supply of digital content», *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, 2020, pp. 251-274.

VERSACI, G., «Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection», *European Review of Contract Law*, Vol. 14, Issue 4, 2018, pp. 374-392.

WAGNER, G. y EIDENMÜLLER, H., «Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences – The Dark Side of Personalized Transactions», *University of Chicago Law Review*, Vol. 86: Issue 2, 2019, pp. 581– 609 (disponible online en https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/down-algorithms-siphoning-rents-exploiting-biases-and-shaping-preferences-regulating).

WENDEHORST, C., «Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age», en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 february 2016 (disponible online en *https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98774/pe%20556%20928%20EN_final.pdf*).

– «Product Liability or Operator Liability for AI – What is the Best Way Forward?», en Lohsse, S., Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Liability for AI* (*Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 99-127.

II

Definiciones aplicables en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[1]

PAULA MORA GARCÍA
Doctoranda de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDOS DIGITALES. III. SERVICIOS DIGITALES. IV. BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES. V. EMPRESARIO. VI. CONSUMIDOR. VII. DATOS PERSONALES. VIII. PRECIO. IX. ENTORNO DIGITAL. X. INTEGRACIÓN. XI. INTEROPERABILIDAD Y COMPATIBILIDAD. XII. FUNCIONALIDAD. XIII. SUPORTE DURADERO. XIV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2019/770 introduce en su art. 2 un listado de definiciones que serán aplicables a la misma. Definiciones que para su correcta interpretación y mejor entendimiento deben ser completadas con las precisiones, aclaraciones e información adicional que proporcionan los extensos considerandos que conforman el Preámbulo de la Directiva.

En particular, se analizarán las siguientes figuras: (1) contenidos digitales; (2) servicios digitales; (3) bienes con elementos digitales; (4) consumi-

1. Este trabajo es resultado de la investigación llevada a cabo gracias a la financiación de la ayuda predoctoral Severo Ochoa (BP21-199) concedida por la Consejería de Ciencia, Innovación y Universidad del Principado de Asturias en resolución de 30 de noviembre de 2022.

dor; (5) empresario; (6) datos personales; (7) precio; (8) entorno digital; (9) integración; (10) interoperabilidad; (11) compatibilidad; (12) funcionalidad; (13) soporte duradero.

Algunas de estas definiciones suponen la inclusión de conceptos novedosos (como es el caso de los servicios digitales o de los bienes con elementos digitales), mientras que otras beben del acervo comunitario, si bien en algunos casos aportando ciertos matices relativos al contexto del entorno digital (por ejemplo, la mención que se hace respecto de los prestadores de plataformas y la posibilidad de considerarlos como empresarios).

Las definiciones contenidas en el art. 2 resultan particularmente relevantes, no solo para la interpretación de la norma en su conjunto, sino para la delimitación de su ámbito de aplicación. Por lo que se encuentra estrechamente relacionado con el art. 3 de la Directiva (dedicado al ámbito de aplicación), que será estudiado en el capítulo tercero de esta misma obra.

II. CONTENIDOS DIGITALES

El concepto de contenido digital, tal y como establece el art. 2.1, letra a) Directiva 2019/770, hace referencia a todos aquellos datos que son «producidos o suministrados en formato digital». Definición que es precisada en el Considerando 19 de la citada norma, en el que se enumeran una serie de ejemplos para ilustrar qué puede entenderse como contenido digital. En particular, menciona que se encuentran incluidos «programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas».

No obstante, debe tenerse en cuenta que se trata únicamente de una relación orientativa y no de carácter exhaustivo. Por ejemplo, más allá de los supuestos contemplados en esta lista abierta, la definición de contenido digital también puede abarcar los archivos CAD («archivos de diseño asistido por ordenador») que son utilizados para la impresión de modelos 3D (Considerando 26 DCD)[2].

Esta definición de carácter genérico no es nueva, pues ya se encontraba recogida en idénticos términos en la redacción original del art. 2.11 de la

2. *Vid*. SÉNÉCHAL, J., «Definitions», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Nomos/Beck/Hart, Alemania, 2020, p. 47.

Directiva 2011/83, de 25 de octubre (Directiva sobre los derechos de los consumidores, o «DDC» en adelante). En este caso, la noción de contenido digital también era completada por el Considerando 19 de la norma. En él se proporcionaba una relación ejemplificativa muy similar a la ahora encontrada en la Directiva 2019/770, en la que figuraban como supuestos de contenido digital «programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios».

Llamaba la atención que, en su redacción original, a pesar de poner de relieve la intrascendencia del medio a través del que se distribuye en relación con la conceptualización del término «contenido digital», de acuerdo con Considerando 19 DDC aquellos contenidos digitales que se suministraban a través de un soporte material tenían la consideración de «bienes»[3] a los efectos de la Directiva[4]. De manera que un mismo contenido digital (como podía ser una canción o una película), tenía un tratamiento jurídicamente diferente en función del medio que hubiera sido usado para su distribución (habrían sido consideradas como un bien si hubieran sido grabadas en un CD o DVD, respectivamente; pero no si hubieran sido suministradas vía servicios *streaming*).

---

3. Definidos en el art. 2.3 DDC como «todo bien mueble tangible».

4. En relación con las posibles teorías que podrían explicar la elección del legislador comunitario de introducir un régimen diferente para aquellos contenidos digitales que son suministrados en un soporte material y aquellos que no, puede verse CÁMARA LAPUENTE, S., *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 408-412. En particular, de entre las diferentes alternativas que propone como justificación de la distinción efectuada, identifica como principal motivo la necesidad de matizar las reglas en materia del derecho de desistimiento con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos tanto del suministrador, como del titular del derecho de propiedad intelectual, en su caso.
   Sin embargo, el establecimiento de este régimen no uniforme no estuvo exento de críticas, fundamentadas principalmente en la incertidumbre que generaba el error de confundir el contenido digital, como objeto a definir, con el medio a través del cual este era suministrado. En este sentido ver, entre otros, JACQUEMIN, H., «Digital content and consumer protection within European law», en *The 8th international workshop for technical, economic and legal aspects of business models for virtual goods: incorporating the 6th international ODRL workshop, September 30th-October 1st 2010 Namur, Belgium*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2010, pp. 46-47; CASTILLO PARRILLA, J. A., «El concepto de contenidos digitales en la Directiva 2011/83/UE y la Ley 3/2014. Visión crítica y propuesta alternativa», en ORTI VALLEJO, A. y JIMÉNEZ HORWITZ, M. (Dirs.), SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y QUESADA PÁEZ, A. (Eds.), *Estudios sobre el Contrato de Compraventa: Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 356.

Sin embargo, esta distinción fue suprimida en la Directiva 2019/770[5]. Como el propio Considerando 19 CDC explica, existe un elevado número de formas disponibles para la distribución de los contenidos digitales (entre los que se encuentran, a modo de ejemplo, «la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales»[6]). Como consecuencia, la Directiva se aplicará «con independencia del soporte» que se haya utilizado en cada caso.

A mayor abundamiento, se reconoce expresamente que la DCD resultará aplicable no solo a los contenidos digitales suministrados en soporte material («como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria»), sino también al soporte material en cuestión cuando este sirve únicamente como portador del contenido digital[7]. Ello con la finalidad de proteger las expectativas tanto de los consumidores como de los empresarios, evitando en la medida de lo posible confusiones en cuanto al marco legal aplicable a cada elemento (Considerando 20 y art. 3.3 DCD)[8].

En este sentido, cabe destacar que el problema que generaba la discordancia entre ambas normas en el momento de aprobación de la Directiva 2019/770 ha sido superado, ya que la Directiva 2011/83 ha sido modifica-

---

5. En este sentido la Directiva 2019/770 sigue la misma línea que ya presentaba la fallida Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea, que en su definición de «contenido digital» no aportaba trascendencia alguna a la tangibilidad/intangibilidad del medio a través del cual el contenido fuera suministrado para su calificación como contenido digital [art. 2(j)]. *Vid.* WENDEHORST, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Article 5, Contracts for which the Common European Sales Law can be used», en SCHULZE, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, C.H. Beck·Hart·Nomos, München, 2011, p. 44 y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework», en *European Review of Private Law*, Vol. 29, N.º 3, 2021, pp. 520-524.
6. Considerando 19 *in fine* DCD.
7. Con la excepción de los arts. 5 (relativo a la obligación del empresario de suministrar los contenidos [o servicios] digitales) y 13 DCD (relativo a las medidas correctoras por el incumplimiento de la obligación de suministro) (art. 3.3 DCD).
8. Entre otros, Spindler valora estar decisión de manera positiva, al considerar que puede resolver problemas que planteaba el régimen diferenciado al que estaban sometidos anteriormente. *Vid.* SPINDLER, G., «Contracts for the supply of digital content – The proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content», en GRUNDMANN, S. (Ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018, pp. 287-288.

da recientemente con la finalidad de adaptar su definición de «contenido digital» con la prevista en la Directiva 2019/770. En concreto, en virtud de la reforma operada el actual art. 2.11 DDC se limita a remitir la definición de «contenido digital» a lo que a tal efecto establezca en el art. 2.1 DCD. Cumpliéndose así con la obligación de armonizar el concepto de «contenido digital» de la Directiva 2011/83 con el de la Directiva 2019/770 impuesta por la Directiva 2019/2161/UE[9].

La nueva Directiva 2019/770 configura el concepto de contenidos digitales de manera deliberadamente amplia[10], con la intención de evitar su obsolescencia como resultado de los rápidos avances tecnológicos y garantizando, en la medida de lo posible, que su naturaleza pueda mantenerse estable de cara a las innovaciones que tengan lugar en el futuro (Considerando 19 DCD).

No obstante, el carácter «*future-proof*» de esta regulación ha sido cuestionado, por haber conducido a la inclusión de normas que pueden ser excesivamente vagas o complejas, dada la dificultad que implica dar cabida en las mismas al amplio elenco de contenidos digitales a los que se aplica la

9. Considerando 30 y art. 4.1, letra d).

10. En este sentido, la dirección tomada por el legislador sigue la línea que había establecido previamente al regular los contenidos digitales en la Directiva 2011/83, mientras que se aparta de la técnica empleada para su definición en la retirada Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea («CESL», en adelante). Si bien es cierto que el concepto de contenido digital contenido en el art. 2, letra j) CESL parte de la misma premisa («datos producidos y suministrados en formato digital»), este además incluye una lista de exclusiones que limita significativamente su ámbito de aplicación (en concreto, «i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios»). En su momento, algunas de estas exclusiones fueron criticadas porque parecían restringir su aplicación en función del medio de comunicación empleado, excluyéndose solo aquellos supuestos en los que los servicios se prestaban a través de medios electrónicos (al referirse a las expresiones «en línea», «vía electrónica» y «electrónicos»). Al respecto, *vid.* ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., «The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services», *Journal of International Trade Law and Policy*, 2012, Vol. 11, N.º 3, pp. 247-248. Más allá, se ha argumentado que su inclusión era esencialmente innecesaria, ya que el ámbito de aplicación de la CESL se circunscribía a supuestos de compraventa (o transacciones asimilables), por lo que los contratos de servicios ya estaban excluidos de todos modos. En este sentido, *vid.* LOOS, M., «The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, Vol. 3, N.º 3, p. 147.

Directiva. Lo que en consecuencia puede conducir a la necesidad de desglosar dichas normas generales y de establecer reglas específicas, lo que conllevaría la fragmentación del régimen aplicables en función del tipo de contrato[11].

Por su parte, el concepto de contenido digital se introdujo por primera vez en el ordenamiento español con la transposición de la Directiva 2011/83 por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo[12]. En virtud del art. 11 Ley 3/2014 se añadió el art. 59 bis al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, o «TRLGDCU» en adelante). En concreto, la letra i) de su apartado primerio incorporaba la definición de contenido digital, reproduciendo el tenor literal del art. 2.11 DDC[13].

De manera que, en el ordenamiento español los contenidos digitales conforman una categoría global, que respeta en su amplitud la necesidad de dar cabida a las diferentes realidades del entorno digital. En particular, a pesar de que no se especifique expresamente en su definición, cabe destacar que comprende tanto los contenidos digitales diseñados teniendo en cuenta las especificaciones del consumidor (es decir, contenidos digitales personalizados[14]), como aquellos que han sido generados o creados por este (los denominados «*user-generated content*» o «*UGC*»[15])[16].

---

11. Para un análisis sobre los posibles factores que pueden hacer peligrar el carácter «*future-proof*» de esta regulación, pueden verse, entre otros, MAK, V., «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content», en *Workshop for the JURI Committee on Legal and Parlamentary Affairs. In-Depth análisis*, Bruselas, 2016, pp. 8-9 y HAVU, K, «Digital Single Market, digital content and consumer protection – critical reflections», en PIHLAJARINNE, T., VESALA, J. y HONKKILA, O. (Eds.), *Online Distribution of Content in the EU*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 180.
12. CÁMARA LAPUENTE, S., «La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales», en *Estudios sobre el Contrato de Compraventa: Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 223.
13. Concepto que también debía ser interpretado en consonancia con el Considerando 19 DDC.
14. A diferencia de los contenidos generados por los usuarios, la Directiva 2019/770 sí se refiere expresamente a los contenidos digitales desarrollados de acuerdo con las especificaciones del consumidor. Así, si bien no se incluye propiamente en la definición de los contenidos digitales, el art. 3.2 y el Considerando 26 DDC establece que este tipo de contenido se encuentra dentro de su ámbito de aplicación.
15. Respecto de los contenidos digitales generados por los usuarios, cabe recordar la expresa exclusión de los mismos que contenía la retirada propuesta de CESL (art. 2, letra j), apartado vi) CESL). Las razones principales que podrían haber justificado esta exclusión

Esta definición se ha mantenido inalterada tras la transposición de la nueva Directiva 2019/770, con la salvedad de que después de la reforma operada por el RDL 7/2021, de 27 de abril, art. 16.3, ahora se encuentra recogida en el art. 59 bis.1 letra d) TRLGDCU. Ello no resulta extraño, teniendo en cuenta que esta delimita la noción de los contenidos digitales en los mismos términos en los que ya lo hacía la Directiva 2011/83 en su redacción original.

III. SERVICIOS DIGITALES

Por primera vez en el ordenamiento comunitario, la Directiva 2019/770 incorpora una definición de «servicios digitales». En particular, de acuerdo con el art. 2.2 DCD se entiende por servicio digital: tanto, «un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital» (apartado a); como, «un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos» (apartado b).

Definición que se introduce también como novedad en el ordenamiento español con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/770[17]. Al igual

---

están relacionados con el potencial solapamiento que puede darse con la normativa de protección de la propiedad intelectual y con el hecho de que en la mayor parte de los casos no hay contraprestación económica (sino consideración en forma de datos personales). Al respecto, *vid.* WARBURTON, J. M., *The Optional Common Sales Law: A Choice Concept Alternatives, Borders, and the Digital Era (Tesis doctoral en Derecho, Universidad de Manchester)*, 2017, p. 155.

Frente a esta decisión, contrasta su inclusión en el concepto de contenido digital contenido actualmente en la Directiva 2019/770. En particular, su expresa mención en el Considerando 15 de la Propuesta de DCD, de acuerdo con el cual los contenidos generados por los consumidores debían recibir el mismo tratamiento que cualquier otro tipo de contenido digital. Si bien es cierto que esta referencia no se encuentra en la versión final del texto aprobado de la DCD, tampoco se excluyen, por lo que puede entenderse que la definición de contenido digital comprende también este específico tipo de contenido digital.

16. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo [Working paper]», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 11, 2014, p. 113.

17. Nótese que, con carácter previo, el TRLGDCU no solo no recogía una definición de servicios digitales propiamente dicha, sino que tampoco contenía referencia alguna a ellos. *Vid.* FERRER GUARDIOLA, J.A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, N.º 4, 2021, p. 176.

que en el caso de los contenidos digitales, el legislador español optó por adoptar literalmente la definición contenida en la norma comunitaria. En particular, por medio del art. 16.3 RDL 7/2021, se incorpora su concepto en el art. 59 bis.1, letra o) TRLGDCU. En la misma línea, también el DL 27/2021 traslada esta definición con idéntica redacción al art. 621-3.2, letra b) del Código Civil de Cataluña.

Originalmente, la Propuesta de la DCD no contemplaba un concepto autónomo de servicios digitales, sino que los configuraba como dos tipos específicos de contenido digital (art. 2.1 apartados b) y c) Propuesta DCD[18])[19]. Fue durante el procedimiento de tramitación legislativa cuando la Propuesta se modificó en este aspecto. Esta decisión fue el resultado del debate que surgió en relación con la viabilidad y adecuación de establecer un concepto de contenido digital lo suficientemente amplio como para comprender también la prestación de servicios digitales; finalmente, llegándose a la conclusión de que era conveniente incluirlos[20] en el ámbito

---

18. «b) Servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor, y
c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio».

19. No obstante, también es cierto que las categorías descritas en sendos apartados son bastante similares a las ahora consagradas en el art. 2.2 DCD bajo la denominación de servicios digitales. De manera que considerarlos con un tipo de contenido digital o como servicios digitales se reduce a una diferenciación de carácter terminológico, que podrá tener relevancia a la hora de determinar el tipo contractual que resulta aplicable en cada caso, pero que no afecta sustancialmente al ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770. En este sentido, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., *Contratos y protección jurídica del consumidor*, cit., p. 594.
En este sentido puede destacarse la decisión del legislador alemán, que si bien no ha introducido cambios sustantivos en los conceptos de contenido digital y servicio digital, sí ha optado por complementar el modelo de regulación de la Directiva incorporando un concepto genérico «productos digitales» («*digitalen Produkte*») que engloba a los dos anteriores (art. 327.ª, apartado 3 BGB). *Vid.* SCHULZE, R., «Germany», DE FRANCESCHI, A. Y SCHULZE, R. (Coords.) en Harmonizing Digital Contract Law: The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms, NOMOS/BECK/HART, Alemania, 2023, p. 278.

20. La inclusión de los servicios digitales dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 tiene la finalidad de garantizar que esta regulación no quede obsoleta como consecuencia de los avances que se producen en el campo tecnológico y responde a la necesidad de hacer frente a la tendencia existente hacia la llamada «Economía del acceso». *Vid.*, SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. y LOHSSE, S., «Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An introduction», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. y LOHSSE, S. (Eds.), *Contracts for the Supply of*

de aplicación de la Directiva, pero distinguiendo entre los contenidos y los servicios digitales[21].

En virtud de la redacción final del art. 2.2 DCD, los servicios digitales pueden agruparse en dos grandes categorías. Por un lado, aquellos que permiten el acceso, la creación, el procesamiento o el almacenamiento de datos en formato digital. Por otro lado, aquellos que permiten compartir o interactuar con los datos digitales que haya creado o cargado, bien el propio consumidor, bien otro usuario del servicio.

El primer grupo incluye bajo su paraguas una gran variedad de servicios digitales[22]. Especialmente teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación de esta categoría es sustancialmente más amplio de lo que inicialmente se había

---

Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, Nomos/Hart, Alemania, 2017, p. 15. La economía del acceso hace referencia a la evolución que se está produciendo, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, y que resulta en un cambio de enfoque fundamental, en el que los productos pasan a un segundo plano, priorizándose la prestación de servicios. Para un análisis más detallado, *vid.* RIFKIN, J., *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism where all of life is a paid for experience*, Penguin, Nueva York, 2001, especialmente capítulo 5 «Everything is a service».

21. En ese sentido se pronunciaron la Comisión de Asuntos Jurídicos y la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor en su Informe conjunto sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, en el que defienden mantener los servicios digitales dentro del ámbito de aplicación de la Directiva con el fin de que esta pueda acomodar los avances tecnológicos que puedan producirse, pero abogan por establecer una «distinción clara» entre los contenidos y los servicios digitales, manteniendo un concepto de contenidos digitales congruente con el ya existente en la anterior Directiva 2011/83. Al respecto, *vid.*, en un primer momento la opinión plasmada en PARLAMENTO EUROPEO: COMISIÓN DE MERCADO INTERIOR y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR y COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS, *Propuesta de Informe conjunto sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, 2016 (PE592.444v01-00), pp. 41-42 y Enmiendas 21 y 22; confirmada posteriormente en la versión final del informe conjunto PARLAMENTO EUROPEO: COMISIÓN DE MERCADO INTERIOR y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR y COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS, *Informe conjunto sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, 2017 (A8-0375/2017), pp. 95-96 y Enmiendas 68 y 69.

22. En particular, de acuerdo con el Considerando 19 DCD, se incluyen dentro de esta categoría de servicios digitales los programas de software como servicio, como son por ejemplo aquellos que permiten «el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales».

previsto en vista de la Propuesta de la DCD[23]. Ello por dos motivos: la inclusión de los servicios que permiten la consulta de datos digitales y la eliminación del inciso «cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor».

De acuerdo con la redacción preliminar contenida en la Propuesta de la DCD, aquellos servicios que consistieran únicamente en facilitar a los consumidores el acceso a los datos en formato digital quedaban fuera del alcance de la definición provista para los servicios digitales[24]. Sin embargo, el texto definitivo de la Directiva 2019/770 añade entre las distintas alternativas de servicios digitales aquellos que facultan al consumidor para «consultar datos en formato digital»[25], por lo que los servicios que proporcionan acceso a datos digitales sí son considerados como servicios digitales en el sentido del art. 2.2, letra a) DCD.

También se ubican en esta primera categoría aquellos servicios digitales que permiten al consumidor crear[26] o procesar[27] datos en formato digital. La

---

El software como servicio (también conocido como «SaaS» por sus siglas en inglés) es uno de los principales elementos presentes en la computación en la nube, que tanto se han popularizado durante los últimos 15 años. En concreto, se refiere a la prestación de servicios a través de la infraestructura que proporcionan los servicios en la nube, fundamentalmente bajo el modelo de las suscripciones. De manera que, el usuario puede acceder a ellos de manera remota, sin necesidad de instalar localmente el software que se localiza en las instalaciones o servidores del proveedor. Respecto de concepto de SaaS y su modelo de negocio, puede verse SUN, W., ZHANG, X., GUO, C. J., SUN, P. y SU, H., «Software as a Service: Configuration and Customization Perspectives», en *2008 IEEE Congress on Services Part II (services-2 2008)*, Beijing, 2008, pp. 18-25; y RAGHAVAN R., S., K.R., J. y NARGUNDKAR, R.V., «Impact of software as a service (SaaS) on software acquisition process», en *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 35, N.º 4, 2020, pp. 757-770.

23. Recuérdese el texto del art. 2.1, letra b) Propuesta DCD: «servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor».

24. Este tipo de servicios no encontraba encaje en ninguna de las opciones enumeradas en el art. 2.1, letra b) Propuesta DCD. Ello en la medida en que no permiten ni crear, ni procesar, ni almacenar los datos en cuestión. En este sentido, *vid.*, GEIREGAT, S. y STEENNOT, R., «Proposal for a Directive on Digital Content: Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity», en CLAEYS, I. y TERRYN, E. (Eds.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 101.

25. Por ejemplo, estarían incluidos dentro de los servicios digitales que permiten el acceso a datos en forma digital los servicios de *streaming* de series o películas (como son Netflix, Amazon Prime o Disney+) o de canciones y archivos de audio (como puede ser Spotify).

26. Por ejemplo, un editor de texto en línea que permite al consumidor crear un documento de texto.

27. Por ejemplo, una página web que permita la conversión de archivos a distintos formatos (como puede ser, transformar un archivo pdf a Word y viceversa).

diferencia entre ambos tipos de servicios parece encontrarse en la existencia previa de los datos (en el caso de los segundos) o no (en el caso de los primeros)[28]. Considerando que los programas informáticos y las aplicaciones que proporcionan al consumidor funciones similares estarían englobados en el concepto de contenido digital, debe entenderse que solo podrá hablarse de servicios digitales cuando estos se presten en versión online, a través de servidores remotos del empresario[29].

Por último, se incluyen dentro de este grupo aquellos servicios que posibilitan al consumidor almacenar datos en formato digital. En este caso se está pensando fundamentalmente en los servicios de almacenamiento en la nube, en los que el consumidor puede «subir» o «cargar» datos en formato digital, que son guardados por el prestador del servicio en sus propios servidores[30]. De manera que los usuarios pueden acceder a dichos contenidos desde cualquier dispositivo.

El segundo grupo, que comprendía los servicios digitales destinados a permitir al consumidor compartir o interactuar con datos en formato digital, recuerda claramente a las redes sociales (como pueden ser Instagram, Twitter o Facebook)[31]. Además, podrían incluirse en esta categoría los servicios de la nube, en la medida en que permitan compartir los datos almacenados por el consumidor con otros usuarios, habilitando su descarga o su modificación[32].

En ninguno de los supuestos contemplados en la primera categoría de servicios digitales es ya necesario que dichos datos sean proporcionados por

---

28. En este sentido, MAŃKO, R., *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive. In-depth analysis, European Parliament Research Service*, Bruselas, 2016, p. 9.
29. Así lo apunta Mańko «*Since programs and applications for such purposes are already within the scope of Article 2(1)(a), it seems that the scope of prong (b) of the definition must apply only to making such services available online, on the supplier's servers*» en Mańko, R., ob. cit., p. 9. De manera que, por ejemplo, crear un documento de texto utilizando la versión disponible online del paquete de Microsoft Office constituiría un servicio digital (servicio que permite la creación de datos en formato digital); mientras que utilizar la aplicación correspondiente de la misma compañía no.
30. Por ejemplo, este es el caso de Google Drive, Dropbox o Mega.
31. En este sentido, *vid.* Mańko, R., ob. cit., p. 9; GEIREGAT, S. y STEENNOT, R., ob. cit., p. 101.
32. En este sentido, *vid.* Mańko, R., ob. cit., p. 9. Así, por ejemplo, estaríamos ante un servicio digital de este tipo cuando Google Drive faculta al consumidor para generar un enlace que puede compartir con otros usuarios y que les permite la descarga del archivo que este hubiera almacenado en la nube.

el consumidor, como sí era el caso en la Propuesta de Directiva. De manera similar, tampoco es necesario respecto de los servicios digitales del segundo grupo que los datos sean facilitados por otros usuarios del servicio[33]. Por lo tanto, en todos los casos anteriores es posible hablar de servicios digitales, independientemente de que los datos digitales provengan del consumidor o de otros usuarios del servicio.

Si bien es cierto que la Directiva 2019/770 configura el concepto de servicios digitales de manera amplia, también debe tenerse en cuenta que la propia norma expresamente excluye determinados servicios. Con carácter general y sin perjuicio de su posterior análisis en detalle en otro de los capítulos de la presente obra[34], a los efectos que aquí interesan basta por el momento destacar que la Directiva no resulta aplicable a: (1) los servicios que suelan ser realizados de manera personal por el empresario, incluso cuando para ello emplee medios digitales[35]; (2) los servicios públicos «cuando los medios digitales se utilicen únicamente para la transmisión o comunicación del servicio al consumidor»[36]; los servicios de «suministro de los contenidos digitales cuando estos se pongan a disposición del público en general por un medio distinto de la transmisión de señales como parte de una actuación o acontecimiento»[37]; y (3) los instrumentos auténticos y

33. El art. 2.1, letra c) Propuesta DCD restringía el ámbito de aplicación de estos servicios a aquellos casos en los que los datos digitales eran facilitados por otros usuarios del servicio. Sin embargo, el art. 2.2, letra b) DCD claramente establece que los datos en cuestión podrán haber sido «cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio».

34. Para un análisis en detalle de los servicios digitales excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva *vid. infra* el Capítulo de FERNÁNDEZ CHACÓN, Apartado III.1.

35. A modo de ejemplo, se mencionan los servicios de «traducción, arquitectura, asesoramiento jurídico u otros servicios de asesoramiento profesional» (Considerando 27 DCD). Ramberg critica esta exclusión, argumentando que la línea que separa los servicios digitales de aquellos que involucran, en una parte, la prestación de servicios personales es cada vez menos nítida, a medida que la tecnología avanza. Ejemplifica su posición con el supuesto de los servicios de traducción, apuntando que el que el consumidor no siempre sabe con quién está interactuando, ni si el documento que recibe ha sido realizado por un programa de traducción automático o por un traductor de manera personal. *Vid.* RAMBERG, C., «Digital content –A Digital CESL II– A paradigm for contract law via the backdoor?», en GRUNDMANN, S. (Ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018, p. 327.

36. Entre otros, se refiere a los servicios de la seguridad social y los registros públicos (Considerando 27 DCD).

37. Como es el caso de las proyecciones cinematográficas digitales, de acuerdo con el art. 3.5, letra g) DCD.

otros actos notariales[38]. Además, se excluyen específicamente: (1) los servicios de acceso a internet[39] y de comunicaciones electrónicas[40] (entre otros, WhatsApp, Skype o llamadas telefónicas); (2) los servicios de asistencia sanitaria[41]; (3) los servicios de juego[42] (por ejemplo, juegos de póquer en línea o que permiten apostar en juegos deportivos); y (4) los servicios financieros[43] (como sería el caso de PayPal o Google Pay)[44].

IV. BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES

El concepto de bienes con elementos digitales resulta esencial a la hora de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770. Particularmente, en relación con la delimitación de este respecto del de su Directiva gemela (la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes). Por ello su ausencia del listado de definiciones provisto en la Propuesta de Directiva resultaba llamativo[45].

El texto final de la Directiva 2019/770 sí incluye expresamente qué debe entenderse por bienes con elementos digitales. En concreto, en el art. 2.3 DCD se define esta categoría específica de bienes como «todo objeto mueble

38. Considerando 27 DCD y art. 3.5, letra h) DCD.
39. Excepto los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, como son el correo electrónico en línea y los servicios de comunicación en línea (Considerando 19 y 28 y art. 3.6 párr. 2.º DCD).
40. Art. 3.5, letra b) DCD.
41. Con la excepción de aquellos contenidos y servicios digitales que constituyan productos sanitarios y que el consumidor puede obtener sin la intervención de un profesional de la salud (Considerando 29 y art. 3.5, letra c) DCD).
42. Art. 3.5, letra d) DCD.
43. Considerando 30 y art. 3.5, letra e) DCD.
44. La exclusión de estos servicios del ámbito de aplicación de la directiva 2019/770 puede encontrar su fundamento en el hecho de que ya cuentan con una regulación específica en las correspondientes normas sectoriales. Sin embargo, esta justificación parece que puede ser escasa en algunos casos, ya que no deja de ser cierto que no las normas sectoriales contemplan los contenidos y servicios digitales como un aspecto particular a regular. Para una crítica de estas exclusiones *vid*. GEIREGAT, S. y STEENNOT, R., ob. cit., pp. 112-114; y SPINDLER, G., «Contracts for the supply of digital…», cit., p. 292.
45. La Propuesta de Directiva únicamente mencionaba los bienes con elementos digitales en el considerando 11 *in fine*, de acuerdo con el cual se excluía del ámbito de aplicación de la Directiva los «contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales de los bienes» (expresión que en la versión definitiva de la Directiva es sustituida por la de bienes con elementos digitales).

tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones».

Este concepto se trasladó por primera vez al ordenamiento español por medio del RDL 7/2021, art. 16.3. En particular, se incorporó en el art. 59 bis.1, letra a), en el que se mantiene la terminología utilizada en la Directiva 2019/770, reproduciéndose literalmente la definición en ella contenida. De manera similar, también el DL 27/2021 incorpora esta definición en el art. 621-3.2, letra c) Código Civil de Cataluña, en el que si bien es cierto que se simplifica su redacción, no se introducen novedades significativas.

Este concepto puede desgajarse en dos partes, obteniendo de él dos definiciones diferenciadas[46]. Por un lado, conceptualiza los bienes como objetos muebles tangibles. Por otro lado, utiliza el término «elementos digitales» como clase genérica, que abarca tantos los contenidos digitales como los servicios digitales (si bien es cierto que esta nomenclatura no se utiliza a lo largo del texto de la Directiva, que se refiere a los contenidos y servicios digitales por separado)[47].

El elemento decisivo que caracteriza a los bienes con elementos digitales no está necesariamente en el nexo que une al objeto y al elemento digital, sino en el papel o la relevancia que el elemento digital tiene en relación con el correcto funcionamiento del bien en cuestión. Por lo tanto, el criterio que debe aplicarse para determinar si se trata de un bien con elementos digitales consiste en verificar que el bien mantiene su funcionalidad independientemente de los contenidos o servicios digitales[48], verificación que puede resultar sumamente problemática[49].

---

46. Definiciones que coinciden con las contenidas en la Directiva 2019/771. En particular, dentro del concepto de bienes, la Directiva 2019/771 distingue en su art. 2.5, letras a) y b) respectivamente, entre la definición de bien como «todo objeto mueble tangible; el agua, el gas y la electricidad se considerarán bienes en el sentido de la presente Directiva cuando se pongan a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas», y la definición de bienes con elementos digitales (que coincide literalmente con el concepto provisto en la Directiva 2019/770).

47. *Vid.* SÉNÉCHAL, J., *EU Digital Law*, cit., p. 48.

48. En este sentido Sénéchal apunta que se configura como un test negativo, ya que el análisis se centra en comprobar si la ausencia de los contenidos o servicios digitales imposibilita que el bien realice sus funciones. *Vid.* SÉNÉCHAL, J., *EU Digital Law*, cit., p. 48.
No obstante, debe tenerse en cuenta que de la redacción de ambas Directivas parece que debe entenderse que bajo el término de bienes con elementos digitales se engloban no solo aquellos en los que el contenido o servicio digital es necesario para el funcio-

Sin embargo, no se especifica, ni en el art. 2.3 ni en los considerandos 21 y 22 DCD, cómo debe interpretarse el término «funciones». Si bien en algunos casos estas estarán claramente definidas, porque resultarán esenciales para el adecuado funcionamiento del bien, existen supuestos en los que los contenidos o servicios digitales pueden proporcionar funciones adicionales o complementarias, que no afectan realmente al funcionamiento básico del bien[50].

En este sentido, resulta irrelevante que el contenido o servicio digital haya sido preinstalado en el bien por el empresario antes de ser entregado al consumidor o que sea este último el que debe descargarlo (considerando 21 DCD). Además, se desprende de este considerando, así como de la letra del art. 2.3 DCD, que no es necesario que el contenido o servicio digital se inserte en el bien, sino que es suficiente con que estén interconectados.

La Directiva 2019/770, en los considerandos 21 y 22, trata de clarificar mediante ejemplos este concepto. Entre otros, se menciona el caso de los relojes de pulsera inteligentes que, para poder desarrollar sus funciones, requieren que el consumidor descargue en su teléfono una aplicación móvil (especifica que este sería un supuesto de elemento digital interconectado).

---

namiento básico del bien, como en los que solamente contribuye a mejorar/ampliar/complementar las funciones de este. *Vid.* SEIN, K., «The applicability of the Digital Content Directive and Sales of Goods Directive to Goods with Digital Elements», en *Jurídica International*, Vol. 30, 2021, p. 24. En el mismo sentido, llega a esta conclusión BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto de intersección de la DCD y DCV», en *Indret*, N.º 3, 2022, pp. 12-13.

49. Para un análisis en detalle a tales efectos *vid. infra* el Capítulo de FERNÁNDEZ CHACÓN, Apartado III.

50. En relación con las primeras (funciones básicas) deberá atenderse, como criterio subjetivo, a lo que se haya estipulado en el contrato. Tiene especial relevancia la información precontractual que le fuera proporcionada al consumidor (en este sentido, por ejemplo, el considerando 21 DCD menciona el supuesto de que se publicite por el empresario que una televisión inteligente incluye una aplicación de vídeo concreta). Además, deberá tenerse presente, como criterio objetivo, cuáles son las funciones que habitualmente puede realizar el bien y que, por lo tanto, aunque no se incluyeran expresamente en el contrato el consumidor podría tener una expectativa razonable de que cumpliera con ellas. Aunque como advierten Sein y Spindler la objetividad de este criterio se desdibuja fácilmente como consecuencia de los rápidos avances tecnológicos, que dificulta determinar cuáles son las funciones que el consumidor podría razonablemente esperar del bien. *Vid.* SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part I», en *European Review of Contract Law*, Vol. 15, N.º 3, 2019, pp. 271-272.

Otro ejemplo sería el de los teléfonos móviles inteligentes, que para poder funcionar requieren que determinadas aplicaciones hayan sido preinstaladas[51].

Los bienes con elementos digitales (también conocidos como «*smart goods*») son cada vez más comunes. Un claro ejemplo de cómo su uso se está extendiendo es la popularización de electrodomésticos y otros productos similares que se diseñan para las casas inteligentes. Tendencia que también puede apreciarse, cada vez con mayor ímpetu en el sector automovilístico, en el que los coches inteligentes que permiten la conducción autónoma están cada vez más cerca de ser una realidad cotidiana.

La Comisión Europea publicó un informe preliminar sobre el análisis del sector del Internet de las Cosas, en el que ponía de relieve la creciente importancia de este tipo de bienes. En este estudio establecía una clasificación que distinguía entre dispositivos inteligentes domésticos («*smart home devices*»), dispositivos que se llevan puestos o «llevables» («*wearable devices*») y otros dispositivos que presentan servicios propios del Internet de las Cosas («*consumer IoT services*»)[52]. Prueba del interés que despiertan los *smart goods*.

V. EMPRESARIO

El art. 2.5 DCD identifica un concepto amplio de «empresario». En esta cuestión, la Directiva 2019/770 no se aparta de la definición tradicional de empresario, que ya se encontraba recogida en la Directiva 2011/83[53]. En virtud de este precepto, pueden ser consideradas como empresario tanto personas físicas, como personas jurídicas, independientemente de que sean públicas o privadas. Además, no dejarán de tener la condición de empre-

51. En sentido contrario, clarifica el considerando 22 DCD, no estarían incluidas en este concepto aquellas aplicaciones que el consumidor pueda descargar, pero cuya ausencia no afecta a la funcionalidad del bien (por ejemplo, si el consumidor descarga en su teléfono inteligente desde una plataforma de aplicaciones un juego).

52. *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Preliminary Report – Sector Inquiry Into Consumer Internet Of Things* (SWD[2021] 144 final), Bruselas, 2021. Disponible en https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/internet_of_things_preliminary_report.pdf.

53. En su art. 2.2 establece la definición de comerciante, entendiéndose por tal «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva».

sario, aunque actúen a través de una tercera persona (ya sea en su nombre o por su cuenta).

El elemento esencial que caracteriza a esta figura pivota en el hecho de que la persona en cuestión esté actuando con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión[54]. No debe confundirse el término «oficio» con aquellas actividades que representen meros hobbies o aficiones, sino que deberá entenderse siempre referido al desarrollo de oficios de manera profesional.

Por ejemplo, una persona que diseña una plantilla de un organizador semanal para ella misma, y que decide ponerla a disposición del público para su descarga (a través de una página web como Etsy o similar) no será considerada como empresario. Mientras que otra persona, que haga lo mismo de manera continuada, y que además se dedique a impartir cursos formativos destinados a estudiantes sobre cómo organizarse y gestionar el tiempo sí podría ser calificada como empresario. Sin embargo, en el entorno digital distinguir entre cuándo una persona está actuando como empresario y cuándo se trata de un simple *amateur* no siempre es fácil[55].

Uno de los supuestos más problemáticos –merecedor de un análisis de mayor calado– se plantea en relación con los prestadores de plataformas, que de acuerdo con el considerando 18 DCD, solo son considerados como

---

54. Si bien es cierto que se habla de «actividad comercial», «empresa», «oficio» y «profesión» en la definición, no se especifica qué debe entenderse por cada uno de estos términos, ni se establecen particulares diferencias entre ellos. Por ello, no parece que sea necesario delimitar estos conceptos individualmente. Así lo apunta SÉNÉCHAL, J., *EU Digital Law*, cit., p. 50.

55. Hace ya unos años, Twigg-Flesner sugería que era conveniente complementar la definición de empresario (refiriéndose a la prevista en la Directiva 2011/83, que ahora también se encuentra en la Directiva 2019/770), con una lista indicativa de los factores que pueden ser tenidos en cuenta para delimitar cuándo se está ante un empresario y cuándo ante un aficionado. Sin embargo, esto no ha ocurrido. Teniendo esto en cuenta, propone como criterios que pueden ser utilizados (y que pueden seguir siendo aplicables para determinar si se trata de un verdadero empresario en el sentido del art. 2.5 DCD), entre otros: (1) el volumen y la variedad de contenidos o servicios digitales que se hayan ofrecido; (2) la frecuencia con la que sean ofrecidos; (3) la búsqueda de ganancia o beneficio económico (más allá de lo necesario como para recobrar los costes que haya invertido en su producción); (4) el nivel organizacional sobre el que se asiente; (5) la impresión que genera en los consumidores. *Vid*., TWIGG-FLESNER, C., «Disruptive technology – Disrupted law: How the Digital Revolution Affects (Contract) Law», en DE FRANCESCHI, A. (Ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 34-36.

empresarios «si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales». Se establece, por lo tanto, una doble condición. Al exigir no solo que la plataforma actúe en relación con su propia actividad, sino que además lo haga como socio contractual directo, se restringe su ámbito de aplicación[56].

VI. CONSUMIDOR

La Directiva 2019/770 mantiene el concepto de consumidor que tradicionalmente viene acuñándose en el derecho comunitario[57]. En particular, el art. 2.6 DCD establece que, en relación con los contratos que son regulados por la Directiva, se entenderá por consumidor «toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

Por lo tanto, si para delimitar el concepto de empresario se utilizaba como criterio esencial que la persona actuara en relación con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión; el concepto de consumidor se configura utilizando esta misma regla en sentido negativo. De manera que, tendrán la consideración con consumidor aquellas personas que actúen con un propósito ajena a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión[58].

---

56. A propósito del rol contractual conferido a las plataformas online en la Directiva 2019/770 *vid. infra* en detalle las consideraciones efectuadas en el Capítulo de FERNÁNDEZ CHACÓN, I., Apartado II.1.

57. Concepto que ya se encontraba recogido en idénticos términos en la Directiva 2011/83, art. 2.1 y en la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999 (ahora sustituida por la nueva Directiva 2019/771), art. 1.2, letra).

58. Cabe destacar que los conocimientos técnicos/especializados o la experiencia que pueda tener la persona en un determinado campo no son óbice para que esta pueda ser considerada como consumidor si en el contrato en cuestión no está actuando con un propósito relacionado con su actividad profesional. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, clarificando que el concepto de consumidor se configura como una noción objetiva. En concreto, la cuestión prejudicial planteaba la cuestión de si una persona física que en su actividad profesional se dedicaba al ejercicio de la abogacía podía ser considerado como consumidor cuando celebra un contrato de préstamo con una entidad bancaria. Llegándose a la conclusión de que si la finalidad del contrato no está relacionada con su actividad profesional, puede considerarse como consumidor (siendo irrelevante que posea un alto nivel de competencias técnicas). *Vid.* Sentencia de 3 septiembre de 2015, Horațiu Ovidiu Costea c. SC Volksbank România SA, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, apartados 21-30 y, para más detalle, Conclusiones Abogado General Pedro Cruz Villalón, apartados 27-34.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la figura del consumidor tiene un ámbito de aplicación más limitado que la de empresario. Ya que mientras que en esta última tienen cabida tanto las personas físicas, como las personas jurídicas, lo mismo no es predicable de la primera, que excluye expresamente a las personas jurídicas. Al respecto, destaca la posibilidad que ofrece de ampliar la protección concedida a los consumidores también a organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pequeñas y medianas empresas (que no son consideradas como consumidores bajo la Directiva 2019/770), remitiendo para ello al Derecho nacional de los Estados Miembros[59].

El ordenamiento español ya contenía un concepto más amplio de consumidor que el previsto en las normas comunitarias. De acuerdo con el art. 3 TRLGDCU, que no ha experimentado ningún cambio tras la transposición de la nueva Directiva, son considerados consumidores, no solo las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, sino que también se extiende esta figura a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial[60].

---

59. Considerando 16 DCD. La expresión contenida en este considerado «los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de extender la protección que la presente Directiva proporciona a los consumidores» no especifica cómo deberá articularse esa extensión, siendo lo suficientemente vaga como para dar cabida a distintas opciones. En este sentido Morais Carvalho propone tres alternativas: «i) ampliación del concepto de consumidor, incluyendo también a las personas jurídicas y/o a las personas físicas que actúen con fines profesionales; ii) aplicación general de las normas de las directivas con independencia de la naturaleza del comprador de bienes o de los contenidos o servicios digitales; iii) ampliación de la protección a otra categoría de personas, como, por ejemplo, las pymes». *Vid.* MORAIS CARVALHO, J., «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, p. 935.

60. El legislador español ha optado por no aprovechar la oportunidad de extender aún más el concepto de consumidor, para acoger los sujetos mencionados en el considerando 16 DCD, como monográficamente se analiza *infra* a propósito del estudio de dicho art. 3 TRLGDCU en el Capítulo de FERNÁNDEZ CHACÓN, Apartado II.2.
Por el contrario, por ejemplo, Francia sí utiliza esta facultad para extender el ámbito de protección que concede a los consumidores a las personas jurídicas cuando actúan con un propósito no relacionado con su actividad. Para ello, la Ordonnance n.º 2021-1247 du 29 septembre 2021, mediante la que se transpone la Directiva, introduce una nueva figura a la que ha denominado como no-profesionales («*non-professionnel*») y que define en su art. 1.2 como «todas las personas jurídicas que no actúan con fines comerciales»; categoría en la que se encontrarían incluidas las organizaciones sin ánimo

Mayores problemas plantean los supuestos de contratos con doble objeto, respecto de los cuales la Directiva 2019/770 se aparta del criterio establecido en la Directiva 2011/83, de acuerdo con el cual la persona debía seguir siendo considerada como consumidor en aquellos casos en los que el contrato se celebrara con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con su actividad comercial, cuando la parte no relacionada predominaba sobre el contexto general del contrato[61]. La Directiva 2019/770 no solo no recoge este criterio que ya se encontraba asentado en el derecho y la jurisprudencia comunitarios, sino que además remite al Derecho nacional de los Estados Miembros para que sean estos los que determinen si en este supuesto la persona deberá seguir siendo considerada como consumidor o no y en qué condiciones[62], con las consiguientes lagunas que el silencio a este respecto en el TRLGDCU suscita[63].

VII. DATOS PERSONALES

La Directiva 2019/770 no proporciona una definición específica de qué debe entenderse por datos personales[64], sino que en su art. 2.8 se limita a remitir al concepto contenido en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril (Reglamento General de Protección de datos o, en adelante, «RGPD»)[65]. En

---

de lucro, entre otras. Sobre esta cuestión en mayor profundidad, *vid.* SÉNÉCHAL, J., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France», en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, N.º 6, 2021, pp. 266-266 y BORGHETTI, J-S., «France», DE FRANCESCHI, A. y SCHULZE, R. (Coords.) en *Harmonizing Digital Contract Law: The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, NOMOS/BECK/HART, Alemania, 2023, pp. 256-257.

61. Considerando 17 DDC.
62. Considerando 17 DCD. Esta decisión es criticable, ya que introduce un mayor nivel de inseguridad jurídica y puede conducir a una indeseable fragmentación de la regulación entre los distintos Estados Miembros, que reducirían la eficacia de la protección otorgada por la Directiva 2019/770.
63. Para un análisis en profundidad de los problemas suscitados por los contratos con doble finalidad en el marco de las nuevas Directivas de compraventa y suministro *vid. infra* el Capítulo de FERNÁNDEZ CHACÓN, Apartado II.2.
64. No obstante, destaca su inclusión en la relación de definiciones que incluye el art. 2 DCD en su texto final, que no se encontraba en la versión inicial de la Propuesta de la DCD, en la que solo se hacía referencia a los datos personales en el art. 3 en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva.
65. El dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos en relación con la Propuesta de la DCD recalcaba la importancia de preservar el equilibrio que había sido alcanzado por el RGPD y advertía del peligro que podría suponer para la seguridad jurídica la

concreto, en su art. 4.1, el RGPD establece que tendrán la consideración de datos personales:

> «toda información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado"); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

Esta noción –muy similar al que ya se recogía en el art. 2, letra a) de la antigua Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995[66]– fue diseñada desde un inicio para ser lo más amplia y general posible, de manera que comprendiera toda aquella información que pudiera estar vinculada con el individuo[67]. Especialmente teniendo que cuenta que no es necesario que la información por si sola posibilite la identificación la persona, siendo suficiente con que permita realizar la conexión de manera indirecta[68].

---

fragmentación del régimen jurídico que podría resultar de la inclusión de preceptos en la nueva Directiva que afectaran, ya fuera directa o indirectamente, a la regulación del uso de los datos personales. *Vid.* EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital* content, 2017, pp. 8-9.

En vista de lo cual, parece que la decisión de remitir al concepto de datos personales establecido en el RGPD responde a la necesidad de evitar posibles interferencias y solapamientos entre ambas normas comunitarias. En este sentido, *vid.* RICHTER, S., «Supply of Digital Content and Services – New Legal Concepts Marred with Old Practical Problems», en *Teises Apzvalga Law Review*, Vol. 24, N.º 2, 2021, p. 5.

66. Concepto que fue estudiado en gran detalle en su momento en WORKING PARTY ARTICLE 29, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data* (WP 136).

67. *Vid.*, EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive… op. cit*, p. 11.

La propia Directiva 2019/770 incluye en su Considerando 24 ejemplos de qué pueden considerarse como datos personales, incluyendo: nombre, dirección de correo electrónico, fotografías y mensajes.

68. La identificación indirecta de un individuo hace referencia a la posibilidad de identificarlo a través de la combinación del identificador con otros datos (ya estén estos en posesión del responsable del tratamiento de los datos o de un tercero), teniendo en cuenta los medios que razonablemente pueda emplear el responsable de los datos u otra persona para ello. *Vid.* WORKING PARTY ARTICLE 29, *Opinion 4/2007…*, ob. cit., pp. 12-17.

En este sentido, entre otras, puede verse Sentencia de 19 de octubre de 2016, Breyer c. República de Alemania, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, apartados 40-49, en la que

A mayor abundamiento, en su Preámbulo, el propio RGPD hace referencia a qué se considera como datos personales en el ámbito digital. En particular, reconoce la existencia de los identificadores online, mencionando cómo las huellas digitales (resultado de los identificadores en línea que pueden ser asociados a personas físicas[69]) en combinación con identificadores únicos y otros datos que reciben los servidores permiten la identificación de las personas, a través de la elaboración de perfiles[70].

A la categoría de datos personales se contrapone la de «otros datos»[71]. Estos últimos se definen en sentido negativo, como toda aquella información que no encaja en el concepto de datos personales[72]. Por ejemplo, los datos anónimos (o anonimizados)[73] o los datos agregados cuando estos

---

el TJUE determinó que las direcciones IP dinámicas registradas por el proveedor de servicios de medios en línea pueden considerarse datos personales, en la medida en que su combinación con los datos adicionales que están en poder del proveedor de acceso a internet (que se entiende como un medio que puede ser razonablemente utilizado), permite identificar al interesado.
En relación con la interpretación de «persona física identificable» y el análisis de los posibles enfoques (absoluto y relativo) aplicables a los medios necesarios para la identificación del individuo, *vid*. SPINDLER, G. y SCHMECHEL, P., «Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation», en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 7, N.º 2, 2016, pp. 165-168.

69. El Considerando 30 RGPD enumera como ejemplos de identificadores en línea «identificadores en línea facilitados por sus dispositivos, aplicaciones, herramientas y protocolos, como direcciones de los protocolos de internet, identificadores de sesión en forma de "cookies" u otros identificadores, como etiquetas de identificación por radiofrecuencia».

70. Al respecto, *vid.* MIDOROVIĆ, S. D. y SEKULIĆ, M. B., «A new function of personal data in the light of the contract for the supply of digital content and digital services», en *Zbornik Radova,* Vol. 53, N.º 3, 2019, p. 1149.

71. La Propuesta de la DCD se refería a estos «otros datos» al definir el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 3.1 Propuesta DCD). La inclusión del inciso «otro tipo de datos» fue criticada en el informe del Supervisor Europeo de Protección de Datos, argumentando que el concepto de datos personales era ya lo suficientemente amplio como para comprender la mayoría de los datos que pudiera facilitar el consumidor (particularmente teniendo en cuenta que se trata de datos proporcionados por el propio consumidor, por lo que es lógico asumir que generalmente serán datos relativos a su persona). Sugerencia que fue acogida en el texto final de la Directiva 2019/770, en la que se eliminó esta referencia. *Vid.* EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive… op. cit*, p. 11.

72. *Vid.* MAŃKO, R. y MONTELEONE, S., *Contracts for the supply of digital content and personal data protection* (European Parliamentary Research Service Briefing, PE 603.929), 2017, p. 4.

73. Los datos anónimos o anonimizados se excluyen de la categoría de datos personales, en la medida en que no permiten (o dejan de permitir tras ser sometidos a los procesos de anonimización) la identificación de una persona física (Considerando 26 RGPD).

no permiten la identificación de una persona, ni pueden ser conectados con esta[74].

Inicialmente, la Propuesta de la DCD[75] conceptualizaba a los datos personales (junto con los que denominaba como «otros datos») como contraprestación no dineraria[76]. Sin embargo, esta referencia explícita –especialmente problemática[77]– desaparece en la versión final de la Directiva 2019/770[78], que dedica especial atención a puntualizar que, si bien los datos personales no pueden ser considerados como una mercancía, es necesario garantizar la protección de los consumidores cuando celebran contratos en los que se comprometen a facilitar datos personales al empresario que suministra los contenidos o servicios digitales (Considerando 24 DCD)[79].

---

74. No obstante, debe tenerse en cuenta que este tipo de datos pueden convertirse en datos personales cuando mediante la aplicación de técnicas de ingeniería inversa y de minería de datos puedan vincularse a la persona y posibilitar su identificación. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: Supresión, recuperación y portabilidad», CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J. A. (Dirs.) y PASTOR GARCÍA, A. M. y MASTERNS JIMÉNEZ, I. L. (Coords.), en *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 189-190.

75. Art. 3.1 y Considerandos 13-14 Propuesta DCD.

76. El Supervisor Europeo de Protección de Datos criticó la conceptualización de los datos personales como contraprestación, advirtiendo que estos no debían ser considerados como simple mercancía, teniendo en cuenta que la protección de los datos personales se configura como un derecho fundamental (art. 8 Carta de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea). *Vid.* EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive… op. cit*, pp. 7-10.

77. Sobre la problemática conceptualización como «contraprestación» de los datos personales en los contratos de suministro y la compleja interrelación existente entre el RGPD y la Directiva 2019/770 *vid. infra* el Capítulo de FERNÁNDEZ CHACÓN, Apartado IV.

78. Sustituyéndose por un lenguaje neutro, que evita calificar directamente a los datos personales como contraprestación, a la vez que mantiene dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 los contratos en los que el consumidor facilita datos personales al empresario que suministra el contenido o servicio digital. En este sentido, MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, N.º 5, 2019, p. 197.

79. En sentido contrario, Castillo Parrilla, J. A. critica la reticencia a aceptar la dimensión patrimonial de los datos, teniendo en cuenta el reconocimiento de la existencia del mercado de datos. A pesar de que los datos (tanto personales como no personales) son efectivamente usados como método de pago habitual, recalca que ello no necesariamente supone reconocer los datos personales como una mercancía. *Vid.* CASTILLO PARRILLA, J. A., «Derecho al Patrimonio Digital. Bienes digitales y datos como bienes»,

En el ordenamiento español, el RDL 7/2021 (art. 16.3) incorpora el concepto de datos personales en el listado de definiciones del art. 59 bis TRLGDCU. En particular, el art. 59 bis. 1, letra h) TRLGDCU reproduce la definición contenida en el art. 4.1 RGPD. A diferencia de la Directiva 2019/770, el legislador español optó por transcribir el texto de dicho precepto, en términos prácticamente idénticos, en lugar de incluir una remisión directa identificando el precepto del RGPD[80].

No obstante, contrasta con la decisión finalmente adoptada en la Directiva 2019/770 de omitir la referencia a los datos personales como contraprestación, la inclusión de la misma en la transposición española. En concreto, el art. 119 ter TRLGDCU (relativo a la resolución del contrato), recupera en su apartado 2 la calificación de los datos personales como contraprestación[81].

VIII. PRECIO

El precio se define en el art. 2.7 DCD, en virtud del cual se entiende por precio tanto el dinero, como la representación digital de valor, paga-

---

en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales,* Civitas – Thomson Reuters, España, 2021, p. RB 185.4 (versión online).

80. Esta decisión puede valorarse de manera positiva. Reproducir el tenor del art. 4.1 RGPD, en lugar de limitarse a una mera remisión al mismo, garantiza evitar errores y posibles incoherencias en el caso de que el RGPD sea modificado alterando la numeración de su articulado o sustituido enteramente por otra norma en el futuro. En este sentido, *vid.* METZGER, A., EFRONI, Z. MISCHAU, L. y METZGER, J., «Data-Related Aspects of the Digital Content Directiva», en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 9, N.º 1, p. 95.
Destaca así la transposición española, frente a la de otros Estados Miembros de nuestro entorno, que optaron por mantener el lenguaje de la Directiva 2019/770 y la remisión directa al art. 4.1 RGPD al incorporarla a sus respectivos ordenamientos. Como es el caso de Francia (art. introductorio, apartado 13, Código de Consumo) e Italia (art. 135-octies. 2, letra h) Decreto Legislativo 6 de septiembre de 2005, n.º 206).

81. «La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, *salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación*, correspondiendo la carga de la prueba al empresario» (art. 119 ter.2 TRLGDCU, cursiva añadida). En este sentido, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», en *Diario La Ley*, 2021, pp. 18-19. Versión online disponible en https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/06/29/un-primer-balance-de-las-novedades-del-rdl-7-2021-de-27-de-abril-para-la-defensa-de-los-consumidores-en-el-suministro-de-contenidos-y-servicios-digitales.

dero a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales. El concepto de representación digital de valor se desarrolla en mayor detalle en el Considerando 23 DCD, que proporciona como ejemplos los vales electrónicos y los cupones electrónicos (como pueden ser, una tarjeta regalo de Spotify). Además, se especifica expresamente que también comprende las monedas virtuales (por ejemplo, Bitcoin), cuando estas estén reconocidas en el Derecho nacional del Estado Miembro.

La inclusión de las representaciones digitales de valor dentro de la noción de precio es una novedad de la versión definitiva de la Directiva 2019/770, que no se encontraba en la original Propuesta de Directiva [82]. Con ello se persigue una doble finalidad. Por un lado, se trata de evitar que se generen situaciones de discriminación en función del método de pago utilizado; por otro lado, se pretende cerrar la puerta a que las empresas opten por exigir las representaciones digitales de valor como única forma de pago con el objetivo de evadir la aplicación de la Directiva 2019/770 [83].

A pesar de esta sensata justificación, la extensión de la noción de «precio» para englobar las representaciones digitales de valor, y en particular las monedas virtuales, fue una cuestión discutida durante el proceso de tramitación legislativa. Finalmente acogiéndose, pese al recelo mostrado por varios Estados Miembros, con el compromiso de que su admisión como método de pago estaría condicionada al reconocimiento legal de la moneda en cuestión en el Derecho nacional [84].

Lamentablemente, el RDL 7/2021 guarda silencio en esta cuestión. El art. 16 de dicha norma, dedicado a la transposición de la norma comunitaria

---

82. De acuerdo con el art. 2.6 Propuesta DCD, se entendía por precio solo el dinero pagadero a cambio del suministro de contenidos digitales.
No obstante, incluso partiendo de esta definición se propuso que la falta de una definición de «dinero» daba pie a interpretar que comprendía no solo las monedas de curso legal, sino todos los tipos de moneda, inclusive monedas virtuales. En este sentido, *vid.* GEIREGAT, S. y STEENNOT, R., ob. cit., p. 104.

83. Considerando 23 DCD. Si bien es cierto que actualmente la admisión de monedas virtuales como método de pago no es una práctica extendida, probablemente por las altas fluctuaciones que experimenta su valor, no puede descartarse que en un futuro se conviertan en una opción más estable y popular, lo que minaría la eficacia de la protección concedida a los consumidores por la Directiva 2019/770 si se hubiera optado por mantener su exclusión y no considerarlas como «precio». En este sentido, *vid.* JANSSEN, A., «Smart Contracting and the New Digital Directives: Some Initial Thoughts», en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 12, N.º 2, 2021, p. 201.

84. *Vid.* SÉNÉCHAL, J., *EU Digital Law*, cit., p. 51.

no traslada al TRLGDCU el concepto de precio contenido en la Directiva 2019/770. Tampoco hace uso de la facultad que le confiere el Considerando 23 DCD, al remitir al Derecho nacional, de aclarar la cuestión relativa al reconocimiento de las monedas virtuales (también denominadas criptomonedas)[85].

Si bien es cierto que el ordenamiento español incluye algunas referencias a las monedas virtuales, esta normativa se circunscribe específicamente a los ámbitos fiscal y tributario[86]. Actualmente, España carece de una regulación expresa de las criptomonedas. Por lo que hubiera sido deseable que el legislador se hubiera pronunciado al respecto al transponer la Directiva 2019/770.

IX. ENTORNO DIGITAL

El entorno digital se define en el art. 2.9 DCD, entendiéndose por tal el aparato (hardware), el programa (*software*) y cualquier conexión a la red que el consumidor utiliza, tanto para acceder a los contenidos o servicios digitales, como para hacer uso de ellos[87]. Se diferencian claramente en esta

85. Curiosamente, en su art. 3, en el que se transpone la Directiva en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Directiva [UE] 2018/843, de 30 de mayo de 2018), el RDL 7/2021 sí se ocupa de definir qué se entiende por moneda virtual. En particular, establece que «Se entenderá por moneda virtual aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente» (art. 3.1 RDL 7/2021).

86. Cabe destacar, la ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (por la que se transpone la Directiva [UE] 2016/1164, de 12 de julio de 2016), en la que se establecen una serie de obligaciones de información en relación con la tenencia y operativa con monedas virtuales (arts. 3.6 y 13.26) y la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que recoge el concepto de moneda virtual (art. 1.5), así como obligaciones de diligencia específicas para los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos (art. 11 y disposición adicional 2.ª).

87. Esta definición ha sido modificada respecto de la inicialmente incluida en la Propuesta de Directiva, de acuerdo con la cual se entendía por entorno digital «hardware, contenidos digitales y cualquier conexión a la red en la medida en que se encuentren bajo el control del usuario» (art. 2.8 Propuesta DCD). En primer lugar, el término «contenidos digitales» es sustituido por «software», que, si bien no aparecía en la definición, sí era utilizado en el considerando 30 Propuesta DCD al tratar la integración de los contenidos

definición tres elementos: (1) hardware; (2) *software*; y (3) conexiones de red. Sin embargo, ni en el articulado ni en el preámbulo de la Directiva 2019/770 desarrollan en qué consiste cada uno de ellos.

Acudiendo a la literatura especializada en la materia, pueden conceptualizarse de la siguiente forma. Por un lado, la categoría de «hardware» se ocupa del equipo físico que permite procesar, almacenar o transmitir programas informáticos o información, incluyendo también los componentes accesorios que sean necesarios para su uso (por ejemplo, la CPU de un ordenador, un teclado o una pantalla)[88]. Por otro lado, con la expresión «conexión a la red» se engloban todos aquellos dispositivos que permiten conectar el dispositivo final del consumidor con otros ordenadores[89].

Por último, el término «*software*» hace referencia a los programas de ordenador, así como procedimientos, documentos asociados y datos relativos a la operación del sistema de computación[90]. Entre otros ejemplos, pueden

---

digitales en el entorno de hardware o de software (refiriéndose al entorno digital) del consumidor. Esta parece una mejor elección desde el punto de vista técnico, ya que software y contenidos digitales no son sinónimos; pudiendo además generar confusión con el concepto de contenidos digitales, en el sentido del art. 2.1. En segundo lugar, se reemplaza el término «usuario» por el de «consumidor», lo que tiene sentido considerando que el ámbito de aplicación subjetivo se circunscribe a los consumidores (por lo que solo el entorno digital de estos es relevante a los efectos de la Directiva 2019/770). En tercer lugar, se restringe en ámbito de aplicación de esta definición, que delimita el entorno digital conforme al criterio de que los elementos que de él forman parte sean necesarios para acceder o utilizar el contenido o servicio digital; mientras que la versión anterior incluía una expresión mucho más amplia, al referirse a que estos elementos se encontraran bajo el control del usuario.

88. Definición estandarizada recogida en INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARIZATION y INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION, *Systems and software engineering – Vocabulary (ISO/IEC/IEEE 24765:2017)*, 2.ª edición, 2017, p. 202 (entrada 3.1781).

89. Como pueden ser, por ejemplo, los dispositivos de modem o de router. Definición y ejemplos contenidos en SÉNÉCHAL, J., *EU Digital Law*, cit., p. 53. Como apunta la autora, si bien es cierto que la mayoría de los componentes que forman parte del dispositivo del consumidor pertenecerán a la categoría de hardware o de software, el elemento de la conexión a la red puede jugar un importante papel en relación con la determinación de la falta de conformidad derivada de la incorrecta integración de los contenidos o servicios digitales, particularmente en lo que concierne a las circunstancias que pueden imputarse al prestador de servicios de internet del consumidor (sobre los que no necesariamente el consumidor tendrá control físico).

90. Definición estandarizada recogida en INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARIZATION y INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION, ob. cit., pp. 414-415 (entrada 3.3783).

citarse los sistemas operativos, los procesadores de texto o los programas que permiten la creación o edición de contenidos digitales. Particular importancia tiene el sistema operativo, como componente del entorno digital del consumidor, ya que puede condicionar la correcta integración del contenido o servicio digital.

El RDL 7/2021, art. 16.3, incorpora en el listado de definiciones del art. 59 bis.1 TRLGDCU la definición de entorno digital, en su letra j), reproduciendo el tenor literal del art. 2.9 DCD. El legislador español no aporta ninguna clarificación, ni orientación respecto de cómo deben interpretarse cada uno de los elementos que conforman la definición, lo que hubiera sido deseable habida cuenta de que se trata de un concepto de nueva creación.

X. INTEGRACIÓN

El concepto de integración está estrechamente relacionado con el de entorno digital, arriba estudiado. Introducido por primera vez en el derecho comunitario por la Directiva 2019/770, se define en su art. 2.4. En virtud de este precepto, se entiende por integración «*la conexión e incorporación de los contenidos o servicios digitales con los componentes del entorno digital del consumidor para que los contenidos o servicios digitales se utilicen con arreglo a los requisitos de conformidad previstos por la presente Directiva*»[91].

Este concepto se introdujo también como novedad en el ordenamiento español tras la transposición de la Directiva 2019/770. En concreto, el art. 59 bis.1, letra n) TRLGDCU recoge dicha definición en términos prácticamente idénticos a los de la norma comunitaria. Entendiéndose por integración «la conexión e incorporación de los contenidos o servicios digitales con los componentes del entorno digital del consumidor o usuario para que los contenidos o servicios digitales se utilicen con arreglo a los requisitos de conformidad previstos en el título IV de este libro».

En qué consistirá en la práctica la integración del contenido o servicio digital dependerá, entre otros factores, de la naturaleza y características de estos y de las de los componentes que conformen el entorno digital del

91. El texto de esta definición es sustancialmente distinto al que contenía originalmente la Propuesta de Directiva en su art. 2.2 («conexión entre diferentes componentes de un entorno digital para que actúen como un todo coordinado de conformidad con el fin previsto»). Si bien es cierto que, en esencia, el concepto de integración es el mismo en ambas versiones, el lenguaje plasmado en la versión definitiva de la Directiva 2019/770 es más claro.

consumidor. Por ejemplo, el proceso de integración de una aplicación informática será distinto en función del sistema operativo (Windows, MacOS, entre otros) que utilice el ordenador en el que se instale.

Del art. 9 DCD se desprende que la integración de los contenidos o servicios digitales podrá ser llevada a cabo por el empresario que lo suministra (o bajo su responsabilidad)[92], pero que también podrá preverse que la realice el consumidor[93]. En relación con el segundo supuesto, cabe destacar que la redacción del precepto no obliga a que sea el propio consumidor el que integre los contenidos o servicios digitales, pudiendo ser un tercer el encargado de hacerlo[94].

La correcta integración del contenido o servicio digital supone el paso previo necesario para que este funcione como debe hacerlo. Resulta por ello especialmente relevante en el contexto de la conformidad, ya que la falta de conformidad del contenido o servicio digital que sea consecuencia de la integración incorrecta de estos podrá ser considerada como una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en sí mismos[95].

Tal y como se ha configurado, la integración de los contenidos y servicios digitales recuerda al concepto de instalación, si bien en este caso siempre será referido al entorno digital del consumidor[96]. A lo largo de su articulado, la

92. Art. 9, letra a) DCD.

93. Art. 9, letra b) DCD.

94. La clave está en que «estuviera previsto» que fueran integrados por el consumidor. En este sentido, *vid.* GEIREGAT, S. y STEENNOT, R., ob. cit., pp. 137-138.

95. En particular, será este el caso cuando: (1) el empresario haya sido el encargado (bien porque lo hiciera él mismo, bien porque se realizara bajo su responsabilidad) de la integración de los contenidos o servicios digitales; o (2) estuviera previsto que el consumidor llevara a cabo la integración del contenido o servicio digital, derivándose la incorrecta integración de estos de errores o deficiencias de las instrucciones proporcionadas por el empresario a tal fin (art. 9 DCD). Respecto de este último supuesto, el considerando 52 DCD *in fine* incluye como ejemplos de instrucciones deficientes aquellas que estén incompletas o, quizás como supuesto más interesante, aquellas que resulten excesivamente complicadas y poco claras para que un consumidor medio las utilice.

96. Así lo señalan Geiregat y Steennot, que califican la opción del legislador comunitario de utilizar el término «integración» como sorprendente, argumentando que «instalación» es un vocablo más cercano al lenguaje comúnmente utilizado, que puede encontrarse en otros textos jurisprudenciales y normativos (por ejemplo, la derogada Directiva 1999/44/CE, art. 2.5, que se refería a la falta de conformidad del bien de consumo derivada de su incorrecta instalación, recogía los mismos principios que el art. 9 DCD). *Vid.* GEIREGAT, S. y STEENNOT, R., ob. cit., pp. 134-135.

Directiva 2019/770 utiliza ambos términos, sin establecer entre ambos una diferenciación en cuanto a su significado de manera expresa[97].

XI. INTEROPERABILIDAD Y COMPATIBILIDAD

La noción de interoperabilidad era ya utilizada en la Directiva 2011/83, en relación con la regulación de los requisitos de información precontractual (arts. 1, letra h) y 6.1, letra s) DDC)[98]. Sin embargo, no se incluía en el listado de definiciones de su art. 2 un concepto expreso aplicable a esta figura. Para lo que debía acudirse a los extensos considerandos de la Directiva 2011/83.

En particular, la única aclaración que proporcionaba en cuanto a qué debía entenderse por interoperabilidad se encontraba en el considerando 19, de acuerdo con el cual «el concepto de interoperatividad pertinente pretende describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible, por ejemplo el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos».

En el ordenamiento español, la noción de interoperabilidad fue introducida en el TRLGDCU a través de la ley 3/2014, de 27 de marzo, que si bien no incorporaba su definición en el listado del art. 59 bis.1 TRLGDCU, sí lo hacía en relación con los requisitos de información precontractual (arts. 60 y 97 TRLGDCU), en los términos que contemplaba la Directiva 2011/83.

Una definición muy similar se trasladó a la Propuesta de Directiva. Definición que parte de la base de que para poder funcionar correctamente

---

97. Sénéchal propone que «integración» es un término más amplio, que engloba también el de «instalación». Fundamenta esta opinión en la diferenciación que parece establecer la Directiva 2019/770 entre las «instrucciones de integración» y las «instrucciones de instalación». Mientras que las primeras hacen referencia a la integración del contenido o servicio digital en el entorno digital del consumidor; las segundas se mencionan en relación con la instalación de actualizaciones (art. 8.3, letra b) DCD), lo cual presupone que el contenido o servicio digital ya ha sido previamente integrado. *Vid.* SÉNÉCHAL, J., *EU Digital Law*, cit., p. 49.

98. Si bien la nomenclatura en la versión lingüística en español era distinta, pues la Directiva 2011/83 utilizaba el término «interoperatividad», en lugar de «interoperabilidad», parece que ambos se refieren al mismo concepto. En este sentido, nótese que la ley 3/2014, mediante la que se transpuso al ordenamiento español esta Directiva, incorpora directamente el término «interoperabilidad».

los contenidos digitales debían interactuar con otros equipos digitales[99]. En concreto, su art. 2.9 establecía que la interoperabilidad consistía en la «capacidad de los contenidos digitales de realizar todas sus funcionalidades dentro de un entorno digital concreto».

El texto definitivo de la Directiva 2019/770 parece haber desagregado esta noción en dos conceptos diferentes y complementarios. Por un lado, mantiene la definición de interoperabilidad (si bien como ahora se verá con un ámbito de aplicación más restringido). Por otro lado, introduce una nueva definición, bajo el término de «compatibilidad».

De acuerdo con el art. 2.12 DCD, la interoperabilidad hace referencia a la capacidad de los contenidos y servicios digitales de funcionar con aparatos y programas *distintos* a aquellos que utilizarían normalmente contenidos y servicios digitales del mismo tipo. Por ejemplo, si estos pueden intercambiar información con otro *software* o hardware y utilizar la información que hayan intercambiado[100].

Mientras que, en virtud del art. 2.10 DCD se entiende por compatibilidad, la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos y programas con lo que se utilizan *normalmente* contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de que estos sean convertidos[101]. Por ejemplo, la compatibilidad de una aplicación informática y el sistema operativo para el que está diseñada: una aplicación desarrollada específicamente para Windows será compatible con ordenadores que tengan instalado este sistema operativo (y no otro).

---

99. Así lo expresaba el considerando 26 Propuesta DCD, al justificar que la interoperabilidad de los contenidos digitales debía formar parte de los criterios de conformidad.

100. Ejemplo incluido en el considerando 43 *in fine* DCD.

101. El grado de compatibilidad dependerá de las cualidades y características del contenido o servicio digital. Por ejemplo, estos no siempre serán compatibles con cualquier versión del sistema operativo con el que habitualmente funcionan. Al respecto, recientemente destaca el caso de la aplicación de mensajería WhatsApp, que a partir de 2023, deja de proporcionar soporte para las versiones más antiguas de los sistemas operativos de IOS y Android (*vid.* ERARD, G., *WhatsApp dejará de funcionar en estos móviles a partir de 2023,* 20 de diciembre de 2022, disponible en <https://hipertextual.com/2022/12/whatsapp-dejara-funcionar-moviles-2023>). *Vid.* WIEWIORRA, L., STEFFEN, N., THOSTE, P., FOURBERG, N., TAŞ, S., KROON, P., BUSCH, C. y KRÄMER, J., *Interoperability regulations for digital services: Impact on competition, innovation and digital sovereignty especially for platform and communication services*, 2022 (disponible en <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Digitalisierung/Technologien/Onlinekomm/Study_InteroperabilityregulationsDigiServices.pdf?__blob=publicationFile&v=1>), p. 25.

Ambos conceptos resultan clave para determinar la conformidad de los contenidos y servicios digitales, si bien no de la misma manera[102]. La compatibilidad de los contenidos y servicios digitales se configura tanto como requisito objetivo (art. 8.1, letra b) DCD), como subjetivo (art. 7, letra a) DCD) de conformidad. Mientras que la interoperabilidad de los contenidos y servicios digitales se presenta solo como requisito de conformidad subjetivo (art. 7, letra a) DCD).

Tras la reforma operada por el RDL 7/2021, se incorporaron los conceptos de compatibilidad e interoperabilidad contenidas en la Directiva 2019/770 modificando el art. 59 bis.1 (concretamente letras c) y ñ) TRLGDCU, respectivamente). Sendos textos reproducen literalmente el tenor de los arts. 2.10 y 2.12 DCD[103].

XII. FUNCIONALIDAD

En virtud del art. 2.11 DCD, la funcionalidad de los contenidos y servicios digitales se entiende como la capacidad de estos de realizar sus funciones, teniendo en cuenta su finalidad. Esta definición es muy similar al que ya se recogía en la Directiva 2011/83. En particular, de acuerdo con el considerando 19 DDC, funcionalidad hacía referencia a las posibles maneras de utilizar el contenido digital[104].

---

102. Diferenciación que tiene sentido, en la medida en que los contenidos y servicios digitales no siempre van a ser, ni tienen por qué serlo, capaces de funcionar con hardware y software distintos a los que utilizan normalmente contenidos y servicios digitales del mismo tipo. Siendo el empresario el que tiene la obligación de informar al consumidor sobre si lo pueden ser, y en qué medida. Mientras que, la compatibilidad de los contenidos y servicios digitales siempre es necesaria, pudiendo evaluarse teniendo en cuenta el tipo y características del contenido o servicio digital en cuestión. Para más detalle, *vid.* SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», en *European Review of Contract Law*, Vol. 15, N.º 4, 2019, pp. 365-391.

103. Sin embargo, cabe destacar que los arts. dedicados a los requisitos de información precontractual no fueron adaptados para reflejar los nuevos conceptos hasta un momento posterior. En particular, la incongruencia no fue subsanada hasta que se transpuso la Directiva 2019/2162, cuyo art. 81, en sus apartados 6 y 8, modifica los arts. 60 y 97 TRLGDCU para coordinarlos con los vigentes conceptos de compatibilidad e interoperabilidad. Crítica al respecto en CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., p. 25.

104. Expresión que ahora se recoge también en la Directiva 2019/770, considerando 43, en el que clarifica el concepto de funcionalidad.

El RDL 7/2021, art. 16.3, traslada el concepto de funcionalidad al ordenamiento español en el art. 59 bis.1, letra l) TRLGDCU, reproduciendo el tenor literal del art. 2.11 DCD[105]. No proporciona, al realizar la transposición, mayores indicaciones sobre cómo debe interpretarse.

La única aclaración sobre este concepto se encuentra en el considerando 43 DCD, de acuerdo con el cual se incluyen dentro de este concepto, a modo de ejemplo, «la ausencia o la presencia de restricciones técnicas, tales como la protección mediante la Administración de Derechos Digitales o la codificación de la región podrían afectar a la capacidad de los contenidos o servicios digitales de cumplir todas sus funciones teniendo en cuenta su finalidad».

Las medidas técnicas de protección a las que hace referencia este considerando se definen en el ordenamiento español en el art. 196.3 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, «TRLPI») como aquellas técnicas, dispositivos o componentes destinados a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas, cuando no se cuenta con la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual correspondientes[106].

Continúa este precepto en su párrafo 2.º especificando que estas medidas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegida esté protegido mediante la aplicación de «un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección».

El art. 60.2, letra i) TRLGDCU hace referencia a estas medidas de protección, en relación con los requisitos de información precontractual relativos a la funcionalidad[107]. En particular, distingue como ejemplos la protección

105. Al igual que ocurría en caso de la noción de interoperabilidad, tras la reforma operada por la ley 3/2014, de 27 de marzo, los arts. 60 y 97 TRLGDCU ya hacían referencia a la funcionalidad de los contenidos digitales en relación con los requisitos de información precontractual; pero no incorporaban una definición expresa de funcionalidad.

106. Esta definición se introdujo originalmente en el art. 160.3 TRLPI, tras la modificación operada por la ley 23/2006, de 7 de julio, mediante la que se transponía la Directiva 2001/29/CE. El texto de este art., que se mantiene inalterado (si bien en una ubicación diferente), reproduce el tenor literal del art. 6.3 Directiva 2001/29/CE.

107. *Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Artículo 59 bis. Definiciones», CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) y ZUMAQUERO GIL, L. (Coord.) en *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 864-865.

a través de la gestión de los derechos digitales (conocidos también como «DRM», por sus siglas en inglés «*Digital Rights Management*») y la codificación regional.

Por un lado, DRM habitualmente restringe el acceso a los contenidos. Para ello, incluyen componentes destinados, entre otros, a administrar contenidos protegidos, crear y gestionar licencias de uso o a mantener un seguimiento del uso de los contenidos; componentes que se encuentran respaldados por servicios de seguridad que cumplen funciones variadas (por ejemplo, la autenticación de los consumidores para conceder acceso a los contenidos o evitar que los contenidos puedan ser manipulados)[108].

Por otro lado, en sentido amplio, la codificación regional abarca las limitaciones geográficas que pueden establecerse para el acceso en línea de los contenidos o servicios digitales[109]. Este es el caso, por ejemplo, de las licencias multiterritoriales[110]. Se trata de supuestos en los que específicos contenidos o servicios digitales en línea solo son accesibles desde una IP conectada a un determinado país (o países)[111].

---

108. *Vid.* FAVALE, M., MCDONALD, N., FAILY, A. y GATZIDIS, C., «Human aspects in digital rights management: The perspective of content developers», en *SCRIPTed*, Vol. 13, N.º 3, 2016, p. 294. También para una panorámica general, *vid.* HELBERGER, N. (ed.), DUFFT, N., VAN GOMPEL, S., KERÉNYI, C., KRINGS, B., LAMBERS, R., ORWAT, C., y RIEHM, U., *Digital Rights Management and Consumer Acceptability: A Multi-Disciplinary Discussion of Consumer Concerns and Expectations. State-of-the-art Report*, INDICARE project, 2004, pp. 1-139 (disponible en <https://www.ivir.nl/publicaties/download/INDICAREStateoftheArtReport.pdf>).

109. Mientras que, en sentido estricto, se refiere únicamente a los soportes ópticos (por ejemplo, un DVD) y sus aparatos reproductores. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., *Contratos y protección jurídica del consumidor*, cit., pp. 431-432.

110. Reguladas en la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

111. Piénsese, por ejemplo, en el caso de las plataformas de servicios de streaming como Netflix o Disney+, que ofrecen distintos contenidos (películas y series) en función del país de que se trate.
Este tipo de licencias plantean problemas, ya no solo desde el punto de vista de la imposibilidad del acceso a los contenidos o servicios digitales dependiendo de si están disponibles en el país en cuestión, sino también en relación con la imposibilidad de acceder a contenidos o servicios digitales contratados cuando el consumidor se desplaza a otro país. Al respecto, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., *Contratos y protección jurídica del consumidor*, cit., p. 432.

La noción de funcionalidad resulta fundamental para determinar la conformidad de los contenidos o servicios digitales. Tal y como demuestra su configuración como requisito de conformidad objetivo (art. 8.1, letra b) DCD) y subjetivo (art. 7, letra a) DCD). Teniendo en cuenta la amplitud e indeterminación del concepto, la información precontractual que haya sido proporcionada por el empresario, junto con las expectativas razonables que pudiera tener el consumidor (derivadas de la naturaleza y características del contenido o servicio digital) son esenciales para delimitar su definición en supuestos concretos.

XIII. SOPORTE DURADERO

El art. 2.13 DCD define «soporte duradero» como todo instrumento que permite al consumidor o al empresario almacenar información que se dirige personalmente hacia su persona, permitiendo: (1) que pueda ser recuperada fácilmente durante un período de tiempo determinado de acuerdo con la finalidad de dicha información; y (2) que pueda ser reproducida sin ser alterada. Definición se encontraba ya recogida en la Directiva 2011/83, art. 2.10, en términos virtualmente idénticos.

La Directiva 2011/83 utilizaba este término en relación con los requisitos de información[112]. Lo mismo es cierto respecto de la Directiva 2019/770, particularmente aplicado los casos de modificación de los contenidos y servicios digitales[113]. Como destaca el considerando 76 DCD, debe permitir al consumidor almacenar la información durante el tiempo necesario para proteger sus intereses[114].

El considerando 76 *in fine* DCD aclara el concepto con una lista ejemplificativa de instrumentos que son considerados como soporte duradero. En particular, especifica que deben incluirse: el papel, los DVD, los CD, las memorias USB, las tarjetas de memoria o los discos duros, así como los correos electrónicos.

Este concepto fue introducido al ordenamiento español mediante la ley 3/2014 (art. único, apartado 11) en el art. 59 bis.1, letra f) TRLGDCU. Tras

112. Arts. 7 (requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento), 8 (requisitos formales de los contratos a distancia) y 11 (comunicación del acuse de recibo del desistimiento del consumidor).

113. Art. 19 DCD.

114. En el mismo sentido, considerando 23 DDC.

la modificación operada por el RDL 7/2021, esta definición se mantiene inalterada, si bien ahora se ubica en la letra q) del mismo artículo. Destaca que, en este caso, el legislador español no se limitó a reproducir la definición de la norma comunitaria, sino que también incorporó los ejemplos en ella contenidos[115].

De estos ejemplos se desprende que dentro de la noción de soporte duradero tienen cabida tanto los medios tangibles, como los medios intangibles[116]. De manera que el criterio esencial que deberá considerarse es si el instrumento en cuestión tiene la capacidad de cumplir con las tres funciones enumeradas en su definición (almacenar información, permitir su recuperación y su reproducción inalterada)[117].

XIV. BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto de intersección de la DCD y DCV», en *Indret*, N.º 3, 2022, pp. 1-27.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: Supresión, recuperación y portabilidad», CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J.A. (Dirs.) y PASTOR GARCÍA, A. M. y MASTERNS JIMÉNEZ, I. L. (Coord.), en *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 157-249.

– «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo [Working paper]», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 11, 2014, pp. 79-167.

– «La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales», en ORTI VALLEJO, A. y JIMÉNEZ HORWITZ, M. (Dirs.), SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y QUESADA PÁEZ, A. (Eds.), *Estudios sobre el Contrato de Compraventa: Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 211-269.

115. A los que añade también el ejemplo de los mensajes SMS.

116. Consecuentemente, no puede equiparse el «soporte duradero» con los términos de «soporte tangible» o «soporte material». *Vid.* SÉNÉCHAL, J., *EU Digital Law*, cit., p. 56.

117. Por ejemplo, en la Sentencia de 25 de enero de 2017, BAWAG, C-375/15, ECLI:EU:C:2017:38 (especialmente apartados 42-44) se determinó que un buzón de correo electrónico integrado en un sitio de Internet de banca electrónica podía considerarse un soporte duradero, en la medida en que cumplía con las tres características funcionales requeridas.

– «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», en *Diario La Ley*, 2021. Versión online disponible en *https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/06/29/un-primer-balance-de-las-novedades-del-rdl-7-2021-de-27-de-abril-para-la-defensa-de-los-consumidores-en-el-suministro-de-contenidos-y-servicios-digitales*.

– *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

CASTILLO PARRILLA, J. A., «Derecho al Patrimonio Digital. Bienes digitales y datos como bienes», en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Civitas – Thomson Reuters, España, 2021, pp. 4337-4368.

– «El concepto de contenidos digitales en la Directiva 2011/83/UE y la Ley 3/2014. Visión crítica y propuesta alternativa», en ORTI VALLEJO, A. y JIMÉNEZ HORWITZ, M. (Dirs.), SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y QUESADA PÁEZ, A. (Eds.), *Estudios sobre el Contrato de Compraventa: Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 351-364.

EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Preliminary Report – Sector Inquiry Into Consumer Internet Of Things* (SWD[2021] 144 final), Bruselas, 2021. Disponible en *https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/internet_of_things_preliminary_report.pdf.*

– *DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, Bruselas, 2014. (Disponible en *https://commission.europa.eu/system/files/2019-07/crd_guidance_en_0_updated_0.pdf*).

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital* content, 2017.

FAVALE, M., MCDONALD, N., FAILY, A. y GATZIDIS, C., «Human aspects in digital rights management: The perspective of content developers», en *SCRIPTed*, Vol. 13, N.º 3, 2016, pp. 289-304.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common

European Framework», en *European Review of Private Law*, Vol. 29, N.º 3, 2021, pp. 517-544.

FERRER GUARDIOLA, J.A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, N.º 4, 2021, pp. 161-226.

GEIREGAT, S. y STEENNOT, R., «Proposal for a Directive on Digital Content: Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity», en CLAEYS, I. y TERRYN, E. (Eds.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 95-166.

HAVU, K, «Digital Single Market, digital content and consumer protection – critical reflections», en PIHLAJARINNE, T., VESALA, J. y HONKKILA, O. (Eds.), *Online Distribution of Content in the EU*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 172-187.

HELBERGER, N. (ed.), DUFFT, N., VAN GOMPEL, S., KERÉNYI, C., KRINGS, B., LAMBERS, R., ORWAT, C., y RIEHM, U., *Digital Rights Management and Consumer Acceptability: A Multi-Disciplinary Discussion of Consumer Concerns and Expectations. State-of-the-art Report*, INDICARE project, 2004, pp. 1-139 (disponible en *https://www.ivir.nl/publicaties/download/INDICAREStateoftheArtReport.pdf*).

ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., «The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services», *Journal of International Trade Law and Policy*, 2012, Vol. 11, N.º 3, pp. 241-258.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARIZATION y INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION, *Systems and software engineering – Vocabulary (ISO/IEC/IEEE 24765:2017)*, 2.ª edición, 2017.

JACQUEMIN, H., «Digital content and consumer protection within European law», en *The 8th international workshop for technical, economic and legal aspects of business models for virtual goods: incorporating the 6th international ODRL workshop, September 30th-October 1st, 2010, Namur, Belgium*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2010, pp. 41-57.

JANSSEN, A., «Smart Contracting and the New Digital Directives: Some Initial Thoughts», en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 12, N.º 2, 2021, pp. 196-203.

LOOS, M., «The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, Vol. 3, N.º 3, p. 146-159.

MAK, V., «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content», en *Workshop for the JURI Committee on Legal and Parlamentary Affairs. In-Depth análisis*, Bruselas, 2016.

MAŃKO, R. y MONTELEONE, S., *Contracts for the supply of digital content and personal data protection* (European Parliamentary Research Service Briefing, PE 603.929), 2017.

MAŃKO, R., *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive. In-depth analysis, European Parliament Research Service*, Bruselas, 2016.

METZGER, A., EFRONI, Z. MISCHAU, L. y METZGER, J., «Data-Related Aspects of the Digital Content Directiva», en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 9, N.º 1, pp. 90-109.

MIDOROVIĆ, S. D. y SEKULIĆ, M. B., «A new function of personal data in the light of the contract for the supply of digital content and digital services», en *Zbornik Radova,* Vol. 53, N.º 3, 2019, pp. 1145-1165.

MORAIS CARVALHO, J., «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 930-940.

– «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, N.º 5, 2019, pp. 194-201.

PARLAMENTO EUROPEO: COMISIÓN DE MERCADO INTERIOR y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR y COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS, *Propuesta de Informe conjunto sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, 2016 (PE592.444v01-00).

– *Informe conjunto sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, 2017 (A8-0375/2017).

RAGHAVAN R., S., K. R., J. y NARGUNDKAR, R.V., «Impact of *software* as a service (SaaS) on *software* acquisition process», en *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 35, N.º 4, 2020, pp. 757-770.

RAMBERG, C., «Digital content –A Digital CESL II– A paradigm for contract law via the backdoor?», en GRUNDMANN, S. (Ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018, pp. 315-328.

RICHTER, S., «Supply of Digital Content and Services – New Legal Concepts Marred with Old Practical Problems», en *Teises Apzvalga Law Review*, Vol. 24, N.º 2, 2021, pp. 3-19.

RIFKIN, J., *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism where all of life is a paid for experience*, Penguin, Nueva York, 2001.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Artículo 59 bis. Definiciones», CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) y ZUMAQUERO GIL, L. (Coord.) en *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 835-873.

SCHULZE, R., «Germany», DE FRANCESCHI, A. Y SCHULZE, R. (Coords.) en Harmonizing Digital Contract Law: The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms, NOMOS/BECK/HART, Alemania, 2023, pp. 273-300.

SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. y LOHSSE, S., «Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An introduction», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. y LOHSSE, S. (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos/Hart, Alemania, 2017, pp. 11-30.

SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», en *European Review of Contract Law*, Vol. 15, N.º 4, 2019, pp. 365-391.

– «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part I», en *European Review of Contract Law*, Vol. 15, N.º 3, 2019, pp. 257-279.

SEIN, K., «The applicability of the Digital Content Directive and Sales of Goods Directive to Goods with Digital Elements», en *Jurídica International*, Vol. 30, 2021, pp. 23-31.

SÉNÉCHAL, J., «Definitions», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Nomos/Beck/Hart, Alemania, 2020, pp. 43-57.

SPINDLER, G. y SCHMECHEL, P., «Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation», en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 7, N.º 2, 2016, pp. 163-177.

SPINDLER, G., «Contracts for the supply of digital content – The proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital

content», en GRUNDMANN, S. (Ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018, pp. 281-313.

SUN, W., ZHANG, X., GUO, C. J., SUN, P. y SU, H., «*Software* as a Service: Configuration and Customization Perspectives», en *2008 IEEE Congress on Services Part II (services-2 2008)*, Beijing, 2008, pp. 18-25.

TWIGG-FLESNER, C., «Disruptive technology – Disrupted law: How the Digital Revolution Affects (Contract) Law», en DE FRANCESCHI, A. (Ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 21-48.

WARBURTON, J. M., *The Optional Common Sales Law: A Choice Concept Alternatives, Borders, and the Digital Era (Tesis doctoral en Derecho, Universidad de Manchester)*, 2017.

WENDEHORST, «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Article 5, Contracts for which the Common European Sales Law can be used», en SCHULZE, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, C.H. Beck·Hart·Nomos, München, 2012, pp. 9-84.

WIEWIORRA, L., STEFFEN, N., THOSTE, P., FOURBERG, N., TAŞ, S., KROON, P., BUSCH, C. y KRÄMER, J., *Interoperability regulations for digital services: Impact on competition, innovation and digital sovereignty especially for platform and communication services*, 2022 (disponible en *https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Digitalisierung/Technologien/Onlinekomm/Study_InteroperabilityregulationsDigiServices.pdf?__blob=publicationFile&v=1*).

WORKING PARTY ARTICLE 29, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data* (WP 136).

III

Caracterización y régimen aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[1]

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SUJETOS INTERVINIENTES. *1. Empresario: rol asignado a las plataformas intermediarias. 2. Consumidor: contratos con doble finalidad, personas jurídicas y entes sin personalidad.* III. OBJETO DEL CONTRATO. *1. Contenidos digitales excluidos. 2. Servicios digitales excluidos. 3. Soporte utilizado para la transmisión o acceso a los contenidos y servicios digitales: incidencia en el objeto, naturaleza jurídica y reglas aplicables al contrato celebrado. 4. Casuística particular de los bienes con elementos digitales.* 4.1. Criterios para determinar el régimen aplicable a la adquisición de los bienes con elementos digitales. 4.2. Diferenciación de los contratos mixtos y accesorios o complementarios. 4.3. Responsabilidad por los daños causados por los contenidos y servicios digitales suministrados, incorporados o interconectados. IV. «CONTRAPRESTACIÓN»: EL SUMINISTRO A CAMBIO DE DATOS PERSONALES. *1. Requisitos de los datos facilitados. 2. Problemas de interacción entre el Reglamento de Protección de Datos y la Directiva de suministro.* 2.1. Validez del consentimiento contractual en el suministro a cambio de datos personales 2.2. Impronta de los derechos reconocidos en el Reglamento de protección de datos en el devenir del contrato. V. BIBLIOGRAFÍA.

1. Este capítulo se enmarca dentro de los resultados derivados del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Contractual and non-contractual liability of online platforms» (PID2021-126354OB-I00).

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha apuntado en el Capítulo introductorio, la Directiva 2019/770/UE –y su correlativa transposición en los ordenamientos nacionales– supone un hito normativo en lo que respecta al régimen aplicable a los contratos relativos al suministro de contenidos y servicios digitales, que con anterioridad a su aprobación carecían de una regulación *ad hoc* en la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea y, en particular, en el Derecho español.

En este sentido, la Directiva 2019/770/UE contribuye a despejar –al menos en gran medida– las dudas relativas al régimen jurídico aplicable al suministro de dichos contenidos y servicios digitales, cuya contratación masiva resulta muy anterior a su aprobación, como fácilmente se constata visto lo familiarizados que todos estamos hace años con prácticas como la compra, alquiler o acceso en definitiva a contenidos online (películas, juegos, música…) a través de plataformas varias (*Netflix*, *Rakuten*, *Amazon Prime*, *Spotify*, *Disney Plus*, *YouTube*…), apertura de cuentas «gratuitas» en múltiples redes sociales (*Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Telegram*, *Tik-Tok*…), descarga de aplicaciones/programas de naturaleza y finalidad diversas en nuestros dispositivos (*WhatsApp*, *Facetime*, *Google Translator*, *Google Maps*, *Dropbox*, *Google Drive*…) independientemente del sistema operativo de tales dispositivos (*Windows*, *Mac*, *iOS*, *Android*…), etc.

No deja de resultar llamativo que hasta la aprobación y entrada en vigor de la Directiva 2019/770/UE el régimen aplicable a la contratación de tales contenidos y servicios digitales tuviese –pese a su palmaria frecuencia– que solventarse a la luz de normas claramente diseñadas y pensadas para modelos de negocio y productos propios del mundo *offline*, con las consiguientes dudas y lagunas intepretativas que ello entrañaba a efectos de la aplicación de instituciones capitales del Derecho contractual del consumo a escala comunitaria y nacional, caso, por ejemplo y entre otros, de: los parámetros para el enjuiciamiento de la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales adquiridos y los mecanismos asociados a dicha falta de conformidad; el derecho de desistimiento en relación con tales contenidos/servicios –que en muchas ocasiones resultan ultra-consumibles (piénsese, por ejemplo, en la visualización de una película *in streaming*)–; o la aplicabilidad de las normas contractuales a los contenidos y servicios cuyo disfrute por el consumidor no se supedita al pago de un precio, sino únicamente a la facilitación de datos personales que son explotados por el proveedor del contenido o servicio.

La Directiva 2019/770/UE implica, pues, el alumbramiento a la vida jurídica de un nuevo tipo contractual autónomo, el de suministro de contenidos y servicios digitales, dotado de unos perfiles y características propias y diferenciales en atención a su objeto (intangible, pero susceptible en de ser facilitado en un soporte material algunos casos, de forma aislada o interconectada con otros productos o bienes), los sujetos implicados en su facilitación (normalmente plataformas o empresas *online* carentes de entidad física como tal) y el modelo de negocio sobre el que estos se asientan (en muchas ocasiones la mera explotación de los datos personales del consumidor), o la disparidad de títulos que legitiman o a los que se vincula el acceso y uso por los consumidores de tales contenidos y servicios (alquiler, compra, suscripción…).

Tales características propias de la dinámica de funcionamiento de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, los medios a través de los cuales éstos pueden facilitarse al consumidor y la contraprestación facilitada suponen un reto en la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE (Art. 3) y, al mismo, de su interrelación con otras normas, tanto comunitarias –caso, particularmente aunque no de forma exclusiva, de las Directivas de compraventa 2019/771/UE y de derechos de los consumidores 2011/83/UE, o del Reglamento General de Protección de Datos– como nacionales, visto el margen de maniobra conferido por el legislador europeo en aspectos particularmente relevantes, tales como: la extensión de su ámbito subjetivo de aplicación a resultas de la definición de los conceptos de empresario y consumidor y los sujetos subsumibles en tales definiciones; la naturaleza jurídica del contrato, requisitos de validez y consecuencias de su terminación no previstas en la Directiva[2]; o las indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas del suministro de contenidos/servicios no conformes[3], cuya clarificación-como se verá– no siempre resulta todo lo sencilla que *a priori* cabría esperar.

El objetivo de las páginas que siguen consiste, precisamente, en el análisis en detalle de todas estas cuestiones, de acuerdo con una sistemática que cabría denominar «tradicional», comenzando por los sujetos intervinientes, continuando por el objeto y terminando con la contraprestación facilitada a cambio de los contenidos y servicios digitales, a efectos de contextualizar adecuadamente qué son –y que no– los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, el régimen jurídico aplicable a tales contratos, así

2. *Cfr.* Cdo. Art. 310 y Cdo. 12 DCSD.
3. *Cfr.* Art. 3.10 y Cdo. 73 DCSD.

como las lagunas y problemas que tanto la Directiva 2019/770/UE como su transposición al Derecho español y catalán –porque contamos con dos transposiciones que, además, no resultan plenamente coincidentes– suscitan.

II. SUJETOS INTERVINIENTES

En tanto que norma capital del nuevo *acquis communautaire* de consumo en el entorno digital, la Directiva 2019/770/UE restringe su ámbito subjetivo de aplicación a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales celebrados entre «consumidores» y «empresarios» (Art. 3.1 DCSD), esto es, a la contratación B2C, solución que se reproduce igualmente en la transposición española –habida cuenta del ámbito de aplicación del Texto Refundido de Consumidores y Usuarios (Art. 2 TRLGDCU)–, pero no en el Derecho catalán, en el que las nuevas reglas sobre suministro de contenidos y servicios digitales de la Sección 4.ª del Libro VI resultan también aplicables –aunque con carácter dispositivo– cuando no se trate de un contrato de consumo (Art. 621-67.3 CCCat)[4].

Como viene siendo tradicional en la normativa europea, la Directiva 2019/770/UE incluye dentro del listado previsto en su Art. 2 las correspondientes definiciones de «consumidor» y «empresario» que deben manejarse a efectos de su aplicación (apartados 5 y 6). Pese a lo que *a priori* cabría esperar de una norma diseñada por y para el ecosistema digital y de recentísima factura, dichas definiciones no resultan en absoluto innovadoras, sino básicamente coincidentes con las introducidas en su momento por la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores[5] (a salvo por el reemplazo del término comerciante empleado en la DDC por el de empresario en la DCSD), pese a las limitaciones en el ámbito digital que dicha Directiva suscitaba[6].

---

4. Solución ésta que se reproduce igualmente en relación con las reglas sobre compraventa del Libro VI introducidas en transposición de la Directiva 2019/771/UE ex Art. 621-2 CCCat. A propósito de tal extensión del ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de la normativa catalana *vid.* ARNAU RAVENTÓS, L. y GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil*, N.º 1, 2023, pp. 84-86.
5. *Cfr.* Art. 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 2011/83/UE.
6. A propósito de las dificultades suscitadas en el ámbito digital por la definición de empresario prevista en la Directiva 2011/83/UE, *vid.*, por ejemplo, Twigg-Flesner, Ch., «Disruptive technology – Disrupted law: How the Digital Revolution Affects (Contract)

El planteamiento continuista adoptado por el legislador comunitario en la Directiva de suministro, reproducido a su vez en la nueva Directiva de compraventa 2019/771/UE[7], hace que el análisis de los sujetos intervinientes en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales deba articularse no solo a rebufo de las correspondientes normas nacionales de transposición, a las que –al igual que en otros muchos aspectos y pese a su pretendido nivel de armonización máxima– ambas Directivas confieren un importante margen de maniobra en este punto, sino también de la jurisprudencia (nacional y comunitaria) que ha venido dando forma a la definición de tales sujetos de cara a la aplicación de la normativa de consumo. Consecuentemente, a los efectos que aquí interesan, conviene detenerse no tanto en las definiciones propiamente dichas de tales sujetos previstas en la Directiva 2019/770/UE –analizadas en otro de los capítulos de la presente obra[8]–, sino en las carencias que esas definiciones suscitan –particularmente en el entorno digital–, así como en la posibilidad de integrarlas mediante el recurso a otras normas comunitarias en materia de consumidores y usuarios, así como a las transposiciones nacionales de ambas Directivas.

1. EMPRESARIO: ROL ASIGNADO A LAS PLATAFORMAS INTERMEDIARIAS

La principal carencia de la definición de empresario prevista en la Directiva 2019/770/UE tiene ver con su aplicabilidad a los prestadores de plataformas *online*, respecto a los cuales tanto la Directiva 2019/770/UE como la Directiva de compraventa 2019/771/UE se limitan a prever que podrán ser considerados como empresarios/vendedores cuando *actúen con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales/compraventa de bienes* (Cdos. 18 DCSD y 23 DCV), esto es, únicamente cuando no actúan como «meros intermediarios», sino directamente como suministradores/vendedores de los productos/contenidos/servicios comercializados[9].

Law», en De Franceschi, A. (Ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 34-36.

7. *Cfr.* Art. 2 DCV, apartados 2 y 3.

8. *Vid. supra* Capítulo II, realizado por Mora García.

9. *Cfr.* Sénechal, J., «Art. 2. Definitions», p. 50 y Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», p. 65, ambos en Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020. Así, parece que lo que se pretende es únicamente confirmar que las plataformas que comercializan sus propios productos/servicios/contenidos encajan perfectamente en la definición de vendedor/

El hecho de que ambas Directivas carezcan de cualquier desarrollo ulterior acerca de qué se entiende por «actuar con fines relacionados con sus propias actividades» y «en calidad de socio contractual directo del consumidor» (con la consiguiente indefinición que ello puede generar)[10], sumado a la pléyade de normas comunitarias recientes que –de una u otra forma– inciden en el régimen jurídico de las plataformas intermediarias dificulta sobremanera la formulación de reglas claras acerca de su posible responsabilidad por los productos, contenidos y servicios (digitales o no) que se comercializan a través de ellas. Sobre todo habida cuenta de que esta ausencia de desarrollo acerca del rol desempeñado por las plataformas en el ámbito de la contratación digital contrasta no solo con la extraordinaria preocupación mostrada a este respecto a lo largo de los últimos años por la Comisión Europea[11], sino también con el enfoque adoptado en otras normas recientes, como la Directiva 2019/2161/UE sobre modernización de los derechos de los consumidores[12], a través de las modificaciones

---

empresario de las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, algo que por otro lado resulta totalmente redundante e innecesario, pudiendo prescindirse de tal aclaración contenida en los referidos Cdos. 18 DCSD y 23 DCV [*Cfr.* Álvarez Moreno, M.ª T., «La protección del consumidor en la contratación electrónica de bienes y servicios a través de plataformas», en Álvarez Moreno, M.ª T. (Coord.), *Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2018, p. 103].

10. Así, hay quienes consideran que los requisitos exigidos en dichos Cdos. 18 DCSD y 23 DCV *pueden dar algo más de juego* desde el punto de vista interpretativo, ya que el requisito de actuar con fines relacionados con su propia actividad exigido a las plataformas concurre aun cuando el producto/servicio/contenido sea comercializado por un tercero, habida cuenta de que en tanto que servicios de intermediación en línea están actuando en el marco de su actividad profesional o económica y el consumidor contrata directamente a través de ellas, caso, por ejemplo, en la doctrina patria de Álvarez Moreno, M.ª T., ob. cit., pp. 103 y 104.

11. *Vid. Communication from the Commission, Online Platforms and the Digital Single Market* [COM(2016) 288/2 final] y *Communication from the Commission, A European agenda for the collaborative economy* [COM(2016) 356 final]. Para una visión crítica de tales Comunicaciones de la Comisión, tildándolas de *too platform friendly vid.* Cauffman, C., «The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, Issue 6, 2016, pp. 235 y ss.

12. Para una panorámica de los cambios introducidos por dicha Directiva 2019/2161/UE, *vid.*, entre otros, Montinaro, R., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework – Part II: Platform to consumer relations» *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020; Arroyo Amayuelas, E., «El Derecho de las plataformas en la Unión Europea», en Arroyo Amayuelas, E. *et al.*, *Servicios en plataformas. Estrategias regulatorias*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, pp. 56 y ss.; y Cauffman, C. y Goanta, C., «A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection», *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 0, 2021, p. 762.

efectuadas en las Directivas 2011/83/UE y 2005/29/CE, oportunamente transpuestas al Derecho español por el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre. Y ello en la medida en que actualmente, a resultas de dicha Directiva 2019/2161/UE, las plataformas no solo están obligadas a informar al consumidor acerca de su rol contractual (Arts. 6 *bis* DDC y 97 *bis* TRLGDCU[13]), sino que pueden ser catalogadas como «socios contractuales» del consumidor, posibilitándole –teóricamente– accionar directamente frente a ellas –cuestión distinta es cómo, aspecto que se remite a los respectivos Estados– cuando le induzcan a confusión y no resulten trasparentes sobre el reparto de las obligaciones derivadas del contrato entre tales platafor-

13. De acuerdo con dicho nuevo Art. 6 *bis*, apartado 1, de la Directiva 2011/83/UE (reproducido en el Art. 97 *bis* TRLGDCU), dedicado a los *requisitos información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea*: «Antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, la siguiente información de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia: (…) b) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea; c) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato; d) cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero comerciante tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión o nacional». Con todo, se ha criticado cómo uno de los principales problemas que suscita esta nueva obligación de información de la plataforma acerca de la identidad del vendedor instaurada estriba en que no lleva aparejada deber de comprobación alguno por su parte sobre la veracidad de la información facilitada, aspecto que no se regula en el nuevo art. 6 *bis* de la Directiva 2011/83/UE, alineándose en este punto con la imposibilidad de imponer a las plataformas una obligación general de supervisión que entrañe realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas prevista en el antiguo Art. 15 de la Directiva de comercio electrónico, refrendada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [SSTJUE de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, EU:C:2011:771; 16 de febrero de 2012, *SABAM c. Netlog NV*, C-360/10, EU:C:2012:85; de 12 de julio de 2011, *L'Oréal SA c. eBay International AG*, C-324/09, EU:C:2011:474; y de 3 de octubre de 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, C-18/18, EU:C:2019:821], así como en el actual Art. 8 DSA. *Vid.* a este respecto Cauffman, C., «New EU Rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, N.º 4, 2019, p. 476 y Arroyo Amayuelas, E., «El Derecho de las plataformas…», cit., pp. 59 y 60.

mas y el tercero que, efectivamente, comercializa el producto, contenido o servicio [Arts. 7.4.(f) y 11 *bis* DPCD y Arts. 20 y 20 *bis* TRLGDCU, 7, 19 y 32 de la Ley 3/1991 de competencia desleal[14]], situación frecuente en la práctica, a la luz de los informes auspiciados por la Comisión Europea[15]. Un enfoque adoptado en la Directiva 2019/2161/UE sobre la falta de transparencia de las plataformas sobre el rol contractual que desempeñan que, claramente, se embebe de las *Model Rules on Online Platforms* formuladas por el *European Law Institute* en 2019[16], así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (asuntos *Wathelet* y *Tiketa*[17]) y que resulta confirmado,

---

14. Nótese que cabe entender que tras la reforma operada por la Directiva 2019/2161/UE, de acuerdo con tales Arts. 7.4(f) y 11 *bis* de la Directiva 2005/29/CE, la omisión por parte de la plataforma de la información sobre la identidad del vendedor/empresario que comercializa el productos/contenido/servicio o inducción a confusión a este respecto constituye una omisión engañosa que posibilita que el consumidor perjudicado pueda dirigirse directamente frente a dicha plataforma de cara a la obtención de una indemnización de daños y perjuicios y, en su caso, una reducción del precio o la resolución del contrato. *Cfr.* Arroyo Amayuelas, E., «El Derecho de las plataformas…», cit., p. 58. Con todo, la virtualidad práctica de dicha regla prevista en el Art. 11 *bis* DPCD no resulta del todo nítida en el ordenamiento español, habida cuenta de que ni en el TRLGDCU ni en la Ley de competencia desleal encontramos una previsión análoga específicamente vinculada a las prácticas comerciales desleales, con las dudas que ello entraña, debiendo integrarse el régimen aplicable a las omisiones engañosas con las reglas generales previstas en los Arts. 20 TRLGDCU y 7 de la referida Ley de competencia desleal, salvo por lo que respecta –siquiera parcialmente– a la indemnización de daños y perjuicios expresamente contemplada en el nuevo Art. 20 *bis* TRLGDCU. *Vid.* a este respecto los comentarios al ya veterano Art. 20 TRLGDCU de Cámara Lapuente, S., «Artículo 20», en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 278 y ss. (en particular p. 282) y de Cadenas Osuna, D., en Cañizares Laso, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 362 y ss.

15. Caso, por ejemplo, del *Behavioural study on the transparency of online platforms* (*Final Report*) realizado por LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, F. *et al.* por encargo de la Comisión Europea y publicado en 2018 (disponible en *https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-transparency-online-platforms-2018_en*), una de cuyas conclusiones era, precisamente, el desconocimiento de los usuarios acerca de la verdadera identidad del oferente del producto o servicio adquirido a través de plataformas intermediarias (*Cfr.*, en particular, pp. 26 y ss. y 52-54 del estudio).

16. *Cfr.* Arts. 13, 19 y 21.1 de dichas *ELI Model Rules*, accesibles online en *https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf*.

17. SSTJUE de 9 de noviembre de 2016, *Wathelet c. Garage Bietheres & Fils SPRL*, C-149/15, EU:C:2016:840 y de 24 de febrero de 2022, *Tiketa UAB c. M. S.*, C-536/20, EU:C:2022:112. Recuérdese que de acuerdo con el razonamiento del Tribunal de Justicia adoptado

asimismo, en la nueva *Digital Services Act*[18], en particular a los efectos de excluir su posible exención de responsabilidad por las actividades a las

---

en dicha sentencia cuando quien vende el producto es un intermediario por cuenta de otro sujeto, en nombre del cual actúa dicho intermediario, el intermediario está obligado a informar fehacientemente al consumidor sobre quién vende el producto: el intermediario como tal un tercero. De esta forma, el incumplimiento de tales deberes de información por parte del intermediario –o de la plataforma a los efectos que aquí interesan– permitirá atribuirle la responsabilidad propia del vendedor, dado el riesgo de confusión o falta de transparencia que origina en el consumidor y su consiguiente desprotección a la hora de identificar al sujeto frente al que dirigirse por la falta de conformidad (*vid.* a este respecto, en particular, los apartados 42 y 43 de la Sentencia). Dicho razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en el asunto *Wathelet* podría, igualmente, considerarse extrapolarse a las plataformas a efectos de considerarlas como vendedoras en aquellos casos en los que éstas induzcan a confusión al consumidor acerca de quién es realmente el vendedor/distribuidor del producto o servicio, cosa muy frecuente en la práctica dada la dinámica de funcionamiento de los *e-marketplaces*, aun cuando técnicamente y a diferencia de cuanto acontecía en el caso *Wathelet* tales plataformas no actúen *stricto sensu* como representantes de los comerciantes/vendedores que operan a través de ellas. *Vid.* en particular a este respecto, entre otros, Howells, G., Twigg-Flesner, C. y Wilhelmsson, T., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London/New York, 2018, p. 175; SEIN, K., «Legal problems of electronic platform economy – Estonian perspective», en Blaurock, U. *et al.* (Eds.), *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträg*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 87 y 88; Cuena Casas, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 2, 2020, pp. 304, 319 y 320; Ulfbeck, V., «Product liability in a world of automated products and digital distribution channels», *Catolica Law Review*, Vol. 4, N.º 2, 2020, pp. 197 y 198; Busch, C., Schulte-Nölke, H., Wiewiórowska-Domagalska, A. y Zoll, F., «The Rise of the Platform Economy: A new challenge for EU Consumer Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, Issue 1, 2016, pp. 7 y 8; y ARROYO AMAYUELAS, E., «El Derecho de las plataformas…», ob.cit., pp. 51 y 52. En el caso *Tiketa* se discutía, por su parte, de forma ya mucho más concreta si un intermediario online (concretamente una plataforma de venta de entradas), puede ser considerado responsable solidario con el comerciante que presta el servicio si no ha informado claramente de que actúa como mero intermediario. Por lo demás, la impronta de dichos asuntos *Wathelet* y *Tiketa* en las modificaciones operadas por la Directiva 2019/2161/UE en materia de prácticas comerciales desleales resulta expresamente corroborada en la nueva versión actualizada de la *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* de 29 de diciembre de 2021 (2021/C 526/01), concretamente en su apartado 4.2.2 (*Intermediación de contratos de consumo celebrados por consumidores con terceros*: pp. 89-90), donde se analiza el alcance de la nueva regla introducida en el art. 7.4(f) de dicha Directiva sobre prácticas comerciales desleales tras la reforma operada por la Directiva 2019/2161/UE y sus consecuencias prácticas.

18. Reglamento 2022/2065/UE de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

que prestan soporte en aplicación de la figura del puerto seguro (Cdo. 24 y Art. 6.3 DSA)[19].

Por otro lado, en esta misma línea de razonamiento, resulta igualmente llamativo que las nuevas Directivas de suministro y de compraventa no se planteen o precisen ni tan siquiera si los prestadores de plataformas –aun cuando se les repute, acertada o desacertadamente, meros intermediarios– podrían encajar dentro de los sujetos incardinables en las *fases previas de la cadena de transacciones* a que se refieren ambas Directivas[20], en particular a efectos de: 1) Su posible responsabilidad extracontractual frente al consumidor por la falta de conformidad de los contenidos/servicios/bienes comercializados y de las correlativas acciones de regreso de que dispone el vendedor/empresario frente a tales sujetos que intervienen en fases previas (Cdo. 12 y Art. 20 DCSD y Cdos. 18 y 63 y Art. 18 DCV), trasunto de la regla instaurada en el Art. 125 TRLGDCU[21]; 2) La determinación de los parámetros mismos a tener en cuenta para determinar la falta de conformidad [Cdo. 45 y Art. 8.1(b) DCSD y Cdo. 29 y Art. 7.1(d) DCV] a los efectos del Art. 115 *ter* TRLGDCU[22]; 3) La subsunción de los bienes con elementos

19. Nótese que el Art. 6.3 DSA excluye la aplicabilidad de la figura del puerto seguro o *safe harbor* «…con respecto a la responsabilidad, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control».

20. *Cfr.* Gómez Pomar, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 6-7 y «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 535 y ss.

21. A favor de la subsunción de las plataformas intermediarias dentro de los sujetos incardinables en las *fases previas de la cadena de transacciones* a efectos de la aplicación de la acción de regreso reconocida al vendedor que responde por la falta de conformidad prevista en el Art. 18 DCV (Art. 125. 2 TRLGDCU), al menos cuando dicha falta de conformidad por la que respondió *proviene de acciones u omisiones propias de la plataforma*, *vid*., por ejemplo, Castilla Barea, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021, p. 71.

22. *Cfr.* ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (Compraventa de bienes de Consumo y contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 40, 2022, pp. 22 y 23. Para un análisis en detalle acerca de la referida subsunción de las plataformas dentro los sujetos

digitales dentro del ámbito de aplicación de una u otra Directiva[23] (Cdos. 21 DCSD y 15 DCV).

En cualquier caso, lo que sí que expresamente contemplan ambas Directivas es la libertad de los Estados miembros de extender su aplicación a los prestadores de plataformas que no cumplan tales requisitos, esto es, aun cuando no actúen con fines relacionados con su actividad y como socio contractual directo del consumidor (Cdos. 18 DCSD y 23 DCV *in fine*), como efectivamente ha acontecido, por ejemplo, en el Derecho portugués[24]. Sin embargo, en el caso del Derecho español el legislador ha prescindido de hacer uso de tal posibilidad con motivo de la transposición efectuada por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, en el que nada se precisa sobre la subsunción de las plataformas dentro del concepto de empresario del Art. 4 TRLGDCU[25] –siquiera transcri-

---

incardinables en las *fases previas de la cadena de transacciones* a efectos de determinar la conformidad de los bienes, contenidos y servicios adquiridos *ex* Art. 115 *ter* TRLGDCU, apartado 1.d), *vid. infra* el Capítulo del Profesor Gómez Pomar, apartado IV.2.4.

23. *Vid. infra* Apartado III.4.1.

24. A resultas de la transposición de ambas Directivas a su Derecho interno operada por medio del Decreto-Ley N.º 84/2021, de 18 de octubre (Diário da República N.º 202/2021, Série I de 2021-10-18, pp. 4 – 29, disponible online en https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/84-2021-172938301). El Art. 44 de dicho Decreto-Ley, claramente influenciado por las anteriormente referidas *ELI Model Rules*, preceptúa: «1 – O prestador de mercado em linha que, atuando para fins relacionados com a sua atividade, seja parceiro contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital é solidariamente responsável, perante o consumidor, pela falta de conformidade daqueles nos termos do presente decreto-lei. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se que o prestador de mercado em linha é parceiro contratual do profissional sempre que exerça influência predominante na celebração do contrato, o que se verifica, designadamente, nas seguintes situações: a) O contrato é celebrado exclusivamente através dos meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha; b) O pagamento é exclusivamente efetuado através de meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha; c) Os termos do contrato celebrado com o consumidor são essencialmente determinados pelo prestador de mercado em linha ou o preço a pagar pelo consumidor é passível de ser influenciado por este; ou d) A publicidade associada é focada no prestador de mercado em linha e não nos profissionais. 3 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, podem ser considerados, para aferição da existência de influência predominante do prestador de mercado em linha na celebração do contrato, quaisquer factos suscetíveis de fundar no consumidor a confiança de que aquele tem uma influência predominante sobre o profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital». *Vid.* Morais Carvalho, J., «Portugal», en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 535 y 536.

25. *Cfr.* Ferrer Guardiola, J., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771»,

biendo literalmente la fórmula contemplada en los Cdos. 18 DCSD y 23 DCV, como se ha hecho, por ejemplo, en Italia[26]–, ni acerca de su integración *entre las personas en fases previas de la cadena de transacciones* a los efectos anteriormente referidos. Otro tanto acontece en el caso del Derecho catalán, visto que el Decreto-Ley 27/2021, de 14 de diciembre que incorpora ambas Directivas al Libro Sexto del Código Civil de Cataluña también prescinde de cualquier referencia a las plataformas en sus definiciones de los contratos de compraventa de consumo (Art. 621-2 CCCat) y de suministro (Art. 621-67 CCCat), así como al regular la incidencia de las manifestaciones públicas previas a la conclusión del contrato realizadas por terceros en la determinación de la falta de conformidad (Art. 621-25 CCCat).

En definitiva, el rol contractual de las plataformas –presuntamente intermediarias– y su régimen de responsabilidad en relación con los contratos de compraventa y suministro de contenidos digitales se encuentran huérfanos de regulación en nuestro ordenamiento, con las consiguientes dudas

---

Revista de Derecho Civil, N.º 4, 2021, p. 174; y Cámara Lapuente, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, N.º 9881 (Sección Tribuna), 29 de junio de 2021, p. 23. De hecho, llama la atención que en dicho Real Decreto-Ley «ómnibus» la única referencia y modificación normativa respecto a las plataformas tiene lugar en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido, añadiendo a la Ley 37/1992 del IVA (artículo décimo del Real-Decreto referido) un art. 8 *bis*, dedicado a las entregas de bienes facilitadas a través de una interfaz digital, en el que, curiosamente, se precisa que «La entrega de bienes en el interior de la Comunidad por parte de un empresario o profesional no establecido en la Comunidad a una persona que no tenga la condición de empresario o profesional actuando como tal, se considerará en ambos supuestos que el empresario o profesional titular de la interfaz digital ha recibido y entregado por sí mismo los correspondientes bienes y que la expedición o el transporte de los bienes se encuentra vinculado a la entrega por él realizada». Precisión ésta que extrapolada al ámbito de la contratación con plataformas bien podría conducir a la consideración como proveedoras de las plataformas vista la definición de proveedor contenida en el Art. 7 TRLGDCU.

26. *Cfr.* Arts. 128.2(c) y 135-*octies* apartado 2(e) del *Codice del Consumo* (Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, n. 206, disponible online en https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-09-06;206!vig=) en su versión actual tras la reforma operada por los Reales Decretos no. 170 y 173 de 4 de noviembre de 2021 (disponibles online en https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2021-11-04;170 y https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2021-11-04;173). A este respecto *vid.* De Franceschi, A., «Italy», en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 386 y 387.

aplicativas que ello suscita, cual acontece, por ejemplo, con su posible subsunción en la definición de productor del Art. 5 TRLGDCU –que incluye a los intermediarios– a efectos de la aplicabilidad de la acción directa por falta de conformidad prevista en el referido Art. 125.1 TRLGDCU[27]. Más allá de dicho posible recurso al Art. 125 TRLGDCU (sumamente incierto), el punto de partida a resultas de lo dispuesto en el Art. 6 DSA es la exención de responsabilidad de tales plataformas por la falta de conformidad de los productos, contenidos y servicios (digitales o no) comercializados por terceros a través de ellas en aplicación de la figura del puerto seguro. Exención ésta que operará salvo conocimiento efectivo por la plataforma del carácter ilícito de la actividad a la que presta soporte[28], desempeño de

27. A los efectos que aquí interesan –y sin perjuicio de las consideraciones efectuadas con carácter monográfico en el Capítulo a cargo de AGÜERO ORTIZ– basta destacar que dicho Art. 125 TRLGDCU preceptúa en su apartado 1 que «Cuando al consumidor o usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad. Con carácter general, y sin perjuicio de que cese la responsabilidad del productor, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el empresario, el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan». A mi parecer no cabe duda de que la adquisición de productos, contenidos o servicios no conformes a través de plataformas intermediarias puede abocar a los consumidores a situaciones en las cuales el ejercicio de las medidas correspondientes para la puesta en conformidad se antoje de facto imposible, particularmente en los casos de vendedores/empresarios extracomunitarios. Para un análisis en detalle acerca de la posible subsunción de las plataformas intermediarias dentro del ámbito de aplicación de dicho precepto a la vista de la definición de productor prevista en el Art. 5 TRLGDCU *vid.* Fernández Chacón, I., «Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los *e-marketplaces*», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 669 y ss.

28. *Vid.* SSTJUE, entre otras, de 23 de marzo de 2010, *Google France SARL y Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA*, C-236/08 y C-238/08, EU:C:2010:159; 12 de julio de 2011, *L'Oréal SA c. eBay International AG*, C-324/09, EU:C:2011:474; y 22 de junio de 2021, *Peterson c. Google LLC/Youtube LLC* y *Elsevier Inc. c. Cyando*, C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503. El análisis de las implicaciones que el conocimiento del carácter ilícito de los productos, contenidos y servicios digitales comercializados por terceros a través de las plataformas, particularmente a los efectos de responsabilizar a la plataforma por la falta de conformidad o, en su caso, los daños ocasionados por productos defectuosos, excede con mucho el ámbito del presente trabajo. Baste apuntar que el carácter manifiestamente ilícito de las actividades, contenidos, productos, etc. a los que la plataforma presta servicio (*vid.* Cdo. 63 DSA), posibilita la imposición por parte de los Estados miembros de responsabilidad a los prestadores de plataformas, sin necesidad de que haya mediado

un rol activo[29] o inducción a confusión al consumidor[30], debiendo en este último caso atender, asimismo, a la posibilidad de recurrir a las medidas correctoras conferidas por el antes referido Art. 11 *bis* DPCD, «defectuosamente» transpuesto al Derecho español en el nuevo Art. 20 *bis* TRLGDCU[31]

---

una notificación expresa denunciando la ilicitud del contenido en cuestión (*Cfr.* Art. 16 DSA), de acuerdo con el planteamiento adoptado en la STEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi c. Estonia*, apartado 159. De hecho, en el caso del Derecho español, nuestro Tribunal Supremo presume el conocimiento efectivo por parte de la plataforma cuando la ilicitud resulte manifiesta a efectos de la exclusión de la exención de responsabilidad prevista en la ya derogada Directiva de comercio electrónico, como por lo demás se aprecia en las SSTS, entre otras, de 10 de febrero de 2011, 7 de enero de 2013, 26 de febrero de 2013, 5 de mayo de 2016, cuyos razonamientos resultan perfectamente extrapolables al nuevo régimen instaurado por la DSA, visto el tenor de su Cdo. 63. *Vid.* a este respecto HERRERÍAS CASTRO, L., «El conocimiento efectivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿Hacia una obligación general de supervisión?», en HERNÁNDEZ SAINZ, E., MATE SATUÉ, L.C. y ALONSO PÉREZ, M.T. (Dirs.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 235 y ss., así como «¿Matar al mensajero? La responsabilidad de las redes sociales y los usuarios por difamación», *Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 40, 2024, pp. 2 y ss.

29. *Cfr.* Cdo. 18 DSA. Respecto al rol activo/pasivo como elemento a tener en cuenta para determinar la posible exención de responsabilidad de las plataformas *vid.*, además de los casos mencionados en la nota anterior, las SSTJUE, entre otras, de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, EU:C:2016:689, apartados 64 y ss.; y 2 de abril de 2020, *Coty Germany GmbH c. Amazon*, C-567/18, EU:C:2020:267, apartados 40 y 43. En cuanto al papel activo de los proveedores de servicios y plataformas de alojamiento y la consiguiente imposibilidad de beneficiarse de la exención de responsabilidad basada en la figura del puerto seguro, en particular, bajo el nuevo régimen de la DSA *vid.*, entre otros muchos, BUITEN, M. C., «The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation», J*ournal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 12, 2021, pp. 370 y ss.; y PEGUERA POCH, M., «The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 53, 2022, pp. 681-684. Respecto al régimen anterior instaurado bajo la Directiva de comercio electrónico, pero aplicable igualmente a la DSA, *vid.*, asimismo, ARROYO AMAYUELAS, E., «Article 14. Hosting», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)* C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 488 (criticando la razonabilidad de la diferenciación rol activo/pasivo establecida por el TJUE y su aplicación a los servicios *hosting*).

30. *Vid.*, entre otros, Cauffman, C. y GOANTA, C., ob. cit., pp. 766 y 777; ARROYO AMAYUELAS, E., «El Derecho de las plataformas…», cit., pp. 51-53; y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Caracterización contractual…», cit., pp. 683 y ss.

31. Pese a que, como se ha apuntado anteriormente, el nuevo Art.11 *bis* DPCD introducido por la Directiva 2019/2161/UE armoniza con carácter mínimo los remedios individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, posibilitándoles dirigirse directamente frente a la plataforma incursa en prácticas comerciales

(particularmente si lo comparamos, por ejemplo, con la solución adoptada en el Derecho portugués[32]).

2. CONSUMIDOR: CONTRATOS CON DOBLE FINALIDAD, PERSONAS JURÍDICAS Y ENTES SIN PERSONALIDAD

Por lo que concierne a la definición del concepto de consumidor, la principal carencia achacable tanto a la Directiva 2019/770/UE como a la Directiva

---

desleales (incluida la inducción a confusión acerca de la identidad del comerciante con el que se) de cara a la obtención de una indemnización de daños y perjuicios y, en su caso, una reducción del precio o la resolución del contrato, dicho precepto remite a los Estados miembros la determinación de «… las condiciones de la aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras», lo que conduce a una notable incertidumbre a tales efectos, sobre todo habida cuenta de la notable disparidad histórica en las formas de transposición adoptadas en los Estados miembros en relación a la UCPD y a la vinculación o no de remedios contractuales específicos asociados a la infracción de las normas nacionales de transposición de dicha Directiva (situación que resulta coherente con la desligazón entre prácticas comerciales desleales y el Derecho de contratos instaurada en el Art. 3.2 DPCD), como por lo demás se refrendaba en la Evaluación de impacto que acompañaba a la por entonces Propuesta de Directiva de modernización, en la que, además, se sistematizaban –Anexo– los distintos modelos existentes a tales efectos [SWD(2018) 96 final, Part 1/3, pp. 21 y ss., disponible online en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:ba7bffc9-3e34-11e8-b5fe-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_3&format=PDF]. *Vid*. a este respecto las consideraciones efectuadas por Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., pp. 64 y 65; así como, particularmente referido al análisis de esta cuestión antes y después de la reforma operada por la Directiva 2019/2161/UE y a su incidencia/transposición en el Derecho español, De Elizalde Ibarbia, F., «La Directiva 2019/2161 de modernización del Derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales», (2021) *Revista de Derecho Civil*, N.º 4, 2021, pp. 47 y ss., en particular pp. 61-65 y 79-84, en las que analiza profusamente los motivos por los que la reforma operada en el Art. 20 *bis* TRLGDCU resulta insuficiente a efectos de la transposición del referido Art. 11 *bis* DPCD, habida cuenta de que, entre otras cosas, el legislador español no contempla ni la reducción del precio ni la resolución contractual.

32. La transposición portuguesa del Art. 11 *bis* DPCD resulta mucho más clara y precisa que la española en lo que atañe a los mecanismos a disposición del consumidor víctima de confusión acerca de la identidad del comerciante con el que contrata a través de una plataforma intermediaria. En tales casos, siempre y cuando se den determinadas condiciones, la inducción a confusión al consumidor por parte de la plataforma conlleva la responsabilidad solidaria de ésta por la falta de conformidad de los productos, contenidos, servicios comercializados a través de ella, a resultas de la combinación de las reglas instauradas en los Arts. 44 y 45.3 del Decreto-Ley Nº 84/2021, de 18 de octubre (Diário da República N.º 202/2021, Série I de 2021-10-18, pp. 4-29, disponible online en https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/84-2021-172938301). *Vid.* Morais Carvalho, J., «Portugal», cit., p. 536.

2019/771/UE tiene que ver con el planteamiento adoptado en relación con los denominados contratos con doble objeto o doble finalidad (*dual purpose contracts*), esto es, aquellos en los que la adquisición/suministro tiene una doble dimensión: particular o personal y profesional. Y ello en la medida en que el enfoque instaurado en ambas Directivas se aparta del instaurado en la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores.

A pesar de que la definición de consumidor prevista en la Directiva 2011/83/UE (Art. 2.1) coincide con la instaurada en las Directivas 2019/770/UE (Art. 2.6) y 2019/771/UE (Art. 2.2), el Cdo. 17 DDC incluye expresamente dentro de dicha definición «…los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato». Solución adoptada en la Directiva 2011/83/UE que supone un ejercicio de codificación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de competencia judicial aplicable a tales contratos de consumo con finalidad mixta a los efectos del Convenio de Bruselas de 1968[33] (Arts. 13-15, actuales Arts. 17 y 18 del Reglamento Bruselas I *bis*), en particular de la STJUE dictada en el asunto *Gruber*[34], aunque reemplazando el denominado *neglibible test* –empleado en dicho asunto– por el *predominant test* en el enjuiciamiento de la intensidad o relevancia que el uso profesional/no profesional ha tener en el contrato celebrado para que la normativa de consumo resulte aplicable[35].

---

33. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., p. 65.

34. STJUE de 20 de enero de 2005, *Johann Gruber c. Bay Wa AG*, C-464/01, EU:C:2005:32, en la que se clarifica la referida subsunción de los contratos con finalidad mixta dentro de las reglas de competencia aplicables a los contratos B2C *ex* Art. 13 del Convenio de Bruselas cuando «…el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate» (apartado 54).

35. Nótese que el planteamiento adoptado en el asunto *Gruber* sobre la catalogación de los contratos mixtos a efectos de la aplicación de las reglas de competencia judicial propias de los contratos de consumo ha sido posteriormente reiterado por el Tribunal de Justicia en sus Sentencias de 25 de enero de 2018, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 32 y de 14 de febrero de 2019, *Anica Milivojević c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, C-630/17, EU:C:2019:123, apartado 91. Para un comentario en detalle de dicha jurisprudencia del TJUE desde el prisma del Derecho internacional privado y de forma crítica *vid.* Calvo Caravaca, A. L., «Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 94 y ss., con abundantes referencias bibliográficas al respecto. El criterio adoptado en ambas Sentencias sobre la intensidad o relevancia que el uso profesional/no profesio-

Esta subsunción en la definición de consumidor de los contratos con doble finalidad en los que la vertiente comercial/profesional no resulta *predominante* prevista en dicho Cdo. 17 DDC ha sido posteriormente incorporada, asimismo, de forma expresa a otras normas comunitarias, tanto de naturaleza procesal –caso de la Directiva 2013/11/UE (Cdo. 18) y del Reglamento 524/2013/UE (Cdo. 13), relativos a la resolución alternativa de litigios de consumo[36]– como sustantiva, caso de la Directiva 2014/17/UE de contratos de crédito inmobiliario (Cdo. 12). Además, el Tribunal de Justicia ha extrapolado el enfoque adoptado en la Directiva 2011/83/UE de cara la determinación del concepto de consumidor que resulta aplicable en el contexto de otras normas integrantes del *acquis* de consumo. Así se aprecia nítidamente en la STJUE de 8 de junio de 2023 en relación con la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, en la que el Tribunal preceptúa la necesaria inclusión de los contratos con doble finalidad dentro del ámbito de aplicación de esta última «… si la finalidad profesional es tan limitada que no predomina en el contexto global de ese contrato» (*predominant test*)[37],

---

nal ha tener en el contrato celebrado para que las normas competencia en materia de consumo resulten aplicables a un contrato con doble finalidad no resulta coincidente. Así, mientras que en el asunto *Schrems* el Tribunal laxa ampliaba de forma especialmente la catalogación como contratos de consumo a aquellos contratos cuyo uso es claramente profesional pero no *esencial* (yendo un paso más allá del *predominant test* recogido en el Cdo. 17 DDC), en el asunto *Milivojević* retomaba el planteamiento del asunto *Gruber* de que un contrato mixto tan solo puede reputarse de consumo cuando la finalidad profesional es marginal e insignificante (*neglibible test*). *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentario al Art. 3», en Cañizares Laso, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 133-135.

36. Pese a tratarse de normas de «índole procesal» el Tribunal Supremo ya se ha referido en alguna ocasión a ellas a efectos de integrar el concepto de consumidor que debe manejarse *ex* Art. 3 TRLGDCU, caso, por ejemplo, de la STS de 19 de julio de 2018 (RJ 2018, 2956), en la que se indica cómo «El concepto de consumidor que mantiene la sala coincide con el que recientemente define la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/II/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, aunque sea a efectos de esta Ley, pero que sirve de pauta de orientación para los contratos que aquí se enjuician» (FJ 6.º).

37. La posible subsunción jurisprudencial de los contratos con doble finalidad dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 91/13/CEE en materia de cláusulas abusivas cuando el uso comercial no predomina en el contexto general del contrato (*predominant test*) acogida por dicha STJUE de 8 de junio de 2023 –rechazando la aplicabilidad del *negiblible test* acogido en la STJUE en el asunto *Gruber*– resultaba avanzada en su momento en nuestro país por PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017, pp. 260 y ss.

so pretexto de la «pretendida» vocación del legislador europeo por conferir un *alcance horizontal* a la definición de consumidor[38].

Dicho planteamiento del Tribunal de Justicia resultaría, en principio, perfectamente extrapolable para integrar la definición de consumidor que debe manejarse a efectos de las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, dando cabida a los contratos con doble finalidad dentro de su ámbito de aplicación. El problema, sin embargo, estriba en que –a diferencia de cuanto acontece con la Directiva 1993/13/CEE– ambas Directivas no se limitan sencillamente a omitir cualquier referencia a tales contratos con doble finalidad, sino que expresamente se refieren a ellos precisando que

> «… los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones» (Cdos. 17 DCSD y 21 DCV)

Como puede apreciarse el legislador europeo sustrae claramente la regulación de los contratos con doble finalidad al ámbito de armonización de ambas Directivas[39], confiriendo carta de naturaleza a una posible contradicción –inexplicable, dicho sea de paso– con el enfoque instaurado no solo en la

---

38. STJUE de 8 de junio de 2023, I. *S. y K. S. c. YYY. S.A.*, C-570/21, EU:C:2023:456, apartados 45-53, 59 y 64. Como certeramente destaca CÁMARA LAPUENTE, S., frente al planteamiento tradicional del Tribunal de Justicia que postulaba la necesidad de una interpretación autónoma del concepto de consumidor prevista en los respectivos Reglamentos y Directivas, en los últimos años se aprecia, cada vez con mayor intensidad, su propensión a la realización de interpretaciones de tipos transversal encaminadas a garantizar una mayor coherencia del Derecho europeo en el ámbito de la contratación B2C, caso, por ejemplo, de las SSTJUE de 25 de enero de 2018, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 28 y de 10 de diciembre de 2020, *A. B. y B. B. c. Personal Exchange International Limited*, C-774/19, EU:C:2020:1015, apartados 44, aunque en ambos casos se trataba, nuevamente, de una interpretación a efectos de determinación de la competencia judicial correspondiente al contrato celebrado de acuerdo con el Reglamento 44/2001/CE [*Cfr.* «Comentario…», cit., p. 119].

39. *Cfr.*, entre otros, Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, p. 262; Sénéchal, J., «Article 2», en Schulze, R.y Staudenmayer, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C.H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 50-51 y STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», cit., p. 66.

Directiva 2011/83/UE, sino también en otras normas comunitarias como las referidas, en función de las soluciones adoptadas en los respectivos Estados miembros[40]. No en balde, la inclusión de los contratos con doble finalidad en el ámbito de aplicación de las Directivas de compraventa y de suministro fue expresamente suscitada y desechada en el transcurso del procedimiento legislativo de aprobación[41], fruto quizás –en opinión de algunos comentaristas-de una decisión meditada basada en los costes desproporcionados que tal subsunción supondría respecto a los que derivan de la Directiva 2011/83/UE[42], reverso económico en el que no parece, sin embargo, que el Tribunal de Justicia haya recalado en relación con la Directiva 93/13/CEE.

Así pues, al menos *a priori*, la aplicabilidad a los contratos de compraventa y suministro con doble finalidad de las reglas previstas en las Directivas

40. *Cfr.* MORAIS CARVALHO, J., 2020, «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 935-936; o GARCÍA GOLDAR, M., «Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (UE) 2019/770», en Martínez Nadal, A. (Dir.), *Plataformas Digitales: Aspectos jurídicos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021, p. 93.

41. En sus enmiendas a la Propuesta de Directiva de suministro el Parlamento Europeo proponía la introducción de un Cdo. 7 *bis* equivalente al Cdo. 17 de la Directiva 2011/83/UE (enmienda 11), a cuyo tenor: «La presente Directiva también se aplicará a los contratos con doble finalidad si el contrato se celebra con unos fines en parte relacionados y en parte no relacionados con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es limitado en el contexto general del contrato, de modo que dicha persona también deberá ser considerada como consumidor» (*vid. Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales* de 27 de noviembre de 2017, A8-0375/2017, Comisiones de Mercado Interior y Protección del Consumidor y de Asuntos Jurídicos, disponible online en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_ES.html).

42. Así lo considera particularmente Staudenmayer, D., en cuya opinión «Above all, one needs to keep in mind the difference contents of each of the Digital Content Directive (and the Sale of Goods Directive) and the Consumer Rights Directive. The economic impact of extending the scope of the Directives to dual purpose contacts would be considerably more significant than for the Consumers Rights Directive. In terms of the pre-contractual information obligations, one of the main set of provisions under the Consumer Rights Directive, the economic impact would be negligible. The trader has the information available anyway, as he needs to provide for pure consumer contracts. Although the exercise of the right of withdrawal does add costs for the trader, in practice these are not remotely comparable to the impact of remedies for non-conformity» («Article 3. Scope», cit., pp. 65 y 66). En el mismo sentido ARROYO AMAYUELAS, E., «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», en Arnau Raventós, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 22.

2019/770/UE y 2019/771/UE y los requisitos que a tales efectos deben concurrir se convierte en una cuestión que deberá enjuiciarse caso por caso a la luz de las normas nacionales de transposición, no de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE. Y ello sin perjuicio, claro está, de los problemas de coordinación que la referida extensión por el Tribunal de Justicia de la aplicabilidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas a tales contratos con doble finalidad puede generar, habida cuenta que se trata de una norma horizontal cuyo ámbito material de aplicación no se restringe a tal o cual modalidad contractual o a derechos específicos –cual acontece, pese a su carácter horizontal, con la Directiva 2011/83/UE–, características que, pese a la armonización mínima de la Directiva 1993/13/CEE, la dotan de una *vis attractiva* especialmente acusada en relación con infinidad de contratos y derechos de los consumidores de lo más heterogéneo[43], inclusive los de compraventa y suministro de contenidos y servicios digitales.

43. En este sentido, no está de más recordar que los problemas de interacción entre la Directiva 2011/83/UE y las Directivas de compraventa y de prácticas comerciales desleales se remonta tiempo atrás a la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores presentada en 2008 [COM(2008) 614 final]. No en balde, la Propuesta preveía en sus Capítulos IV y V la armonización en la contratación B2C del régimen de la falta de conformidad en materia de compraventa y régimen de las cláusulas abusivas, respectivamente reguladas en las Directivas 1999/44/CE y 1993/13/CEE, lo que unido al nivel de armonización máxima instaurado provocó el rechazo generalizado de dicha Propuesta y la supresión de tales reglas en la norma finalmente aprobada, dadas las dificultades políticos de consenso en este punto y los dispares regímenes y nivel de protección conferidos en los respectivos Estados miembros. *Vid.* en detalle a este respecto Fernández Chacón, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 182-185 (con abundantes referencias bibliográficas a tales efectos). A la vista de dichos antecedentes el actual recurso por parte del Tribunal de Justicia al concepto de consumidor previsto en la Directiva 2011/83/UE a efectos de aplicar a los contratos mixtos las reglas sobre cláusulas abusivas previstas en la Directiva 1993/13/ resulta, cuando menos, llamativa, visto el histórico recelo de los Estados miembros –mayoritariamente secundado a nivel doctrinal– a la armonización máxima de los aspectos que conciernen al régimen aplicable a tales cláusulas y su papel capital en el marco de la teoría general del contrato en el ámbito de la contratación B2C. Otro tanto cabe decir de la interacción entre la Directiva 2011/83/UE y la ya derogada Directiva 1999/44/CE en lo que concierne a la aplicabilidad de las reglas relativas a la falta de conformidad a dichos contratos con doble finalidad, inicialmente prevista en la Propuesta de Directiva presentada en 1995 [COM (95) 520 final], en particular a la vista de las definiciones de consumidor y de bienes de consumo contenidas en su Art. 1.2, apartados a y c, de dicha Propuesta (*vid.* a este respecto las reflexiones efectuadas tiempo atrás por Staudenmayer, D., «The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law», *European Review of Private Law*, Vol. 8, Issue 4, 2000, pp. 548 y 549).

En el caso particular del Derecho español el concepto de consumidor previsto en el Art. 3 TRLGDCU no se ha visto alterado por la transposición de las Directivas de compraventa y de suministro, con la consiguiente laguna normativa que ello entraña acerca del régimen y requisitos aplicables a los contratos con doble finalidad, independientemente de que se trate de compraventas, suministro de contenidos y servicios digitales u otros tipos contractuales. Por el contrario, en el caso del Derecho catalán la naturaleza B2C de los contratos de compraventa con doble finalidad *con un propósito principalmente ajeno a una actividad empresarial o profesional* resultaba expresamente corroborada en el Art. 621-2 CCCat. ya con anterioridad a la transposición de la Directiva 2019/771/UE, e indirectamente en el caso de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales *ex* Art. 621-67.2 CCCat., introducido en transposición de las nuevas Directivas de compraventa y suministro por el Decreto-Ley 27/2021, de 14 de diciembre.

No obstante, esta laguna del TRLGDCU en relación con los contratos con doble finalidad en los que la finalidad comercial/empresarial «no predomina» *vs* «resulta residual» en el contexto general del contrato resulta a efectos prácticos más teórica que real por dos grandes motivos: 1) Por un lado, porque –como se ha apuntado-la inclusión en el Art. 3 TRLGDCU de tales contratos resulta preceptiva *ratione materiae* al menos en relación con los derechos previstos en nuestro Derecho interno en transposición de las Directivas 2011/83/UE, 1993/13/CE y 2014/17/UE; 2) Por otro lado, como consecuencia del criterio favorable a la aplicabilidad de la normativa de consumo a dichos contratos adoptado –parece que con carácter general y al margen del tipo de contrato celebrado– por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en respuesta al silencio del TRLGDCU[44] ampliamente analizada por nuestra doctrina patria[45], decantándose según parece –al igual que la

44. Así se aprecia en particular en las SSTS, entre otras, de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669), 18 de enero, 14 de junio y 9 de diciembre de 2022 (RJ 2022, 55, RJ 2022, 2988 y RJ 2022, 5672) y de 19 de junio y 21 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 4983 y JUR 2023, 434330).

45. *Vid.* a este respecto, entre otros, ARCOS VIEIRA, Mª L., «Condición legal de consumidor y contratos con "doble finalidad". Comentario a la STS de 5 de abril de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 105, 2017, pp. 343 y ss.; Gili Saldaña, Mª A., «Contratos mixtos y el concepto de "consumidor": Comentario a la STS de 5 de abril de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 108, 2018, pp. 29 y ss.; Marín López, M. J., «La condición del consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 22, 2017, pp. 197 y ss.; y Diéguez Aguilera, L., «Sobre la condición de consumidor mixto y su prueba: a propósito de la STS 43/2022 y otras resoluciones judiciales», *Diario La Ley*, N.º 10116, 2022.

STJUE de 8 de junio de 2023– por la utilización del *predominant test* en el enjuiciamiento de la aplicación a tales contratos de la normativa de consumo y no por el carácter meramente residual de la finalidad comercial que preside su celebración[46]. Criterio de la predominancia del uso no profesional en el contexto general del contrato que –según parece– resultaría el aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales visto el tenor literal del referido Cdo. 17 DCSD, coincidente con el del Cdo. 17 de la Directiva 2011/83/UE[47], contrariamente al planteamiento adoptado en la STJUE de 25 de enero de 2018 en el asunto *Schrems*, en el que el Tribunal

46. Como destaca CÁMARA LAPUENTE, S., el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo acerca de los contratos con doble finalidad con ocasión de enjuiciar un préstamo de consumo que posterioridad se amplió para fines profesionales se remonta a la Sentencia plenaria de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2300), decantándose por la aplicación del *neglibible test* acogido por el TJUE en el asunto *Gruber*, entendiendo que la ampliación de escasa cuantía respecto al préstamo inicial «…no puede transformar el contrato novado en un contrato concertado por un profesional o empresario para actividad profesional o empresarial» (FJ 2.º). Sin embargo, a partir de la anteriormente referida STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669, FFJJ 2.º y 3.º) el Tribunal parece proclive a decantarse por el *predominant test*, sin referirse al carácter residual o marginal del uso profesional, precisando los parámetros que deben ponderarse a tales efectos, como se aprecia a juicio del autor en los AATS de 6 de junio de 2018 (JUR 2018, 165694, FJ 3.º), 22 de enero de 2020 (JUR 2020, 31392, FJ 3.º) y 11 de marzo de 2020 (JUR 2020, 109446, FJ 3.º) (*Cfr.* «Comentario…», cit., pp. 135-137). La STS de 18 de enero de 2022 apuesta nuevamente por el criterio del *predominant test* tomando como referencia el Cdo. 17 DDC (FJ 3.º). Sin embargo, contrariamente más recientemente las SSTS de 9 de diciembre de 2022 (RJ 2022, 5672, FJ 5.º) y 19 de junio de 2023 (RJ 2023, 4983, FJ 2.º) parecen decantarse por el *negligible test* una vez más. Por contra, la STS de 21 de noviembre de 2023 (JUR 2023, 434330), la más reciente al momento de cierre del presente trabajo, vuelve a acoger expresamente el *predominant test*, efectuando un análisis cuantitativo del importe del préstamo enjuiciado destinado a consumo privado *vs* uso profesional (FJ 5.º).

47. Tanto el Cdo. 17 DCSD como el Cdo. 17 DDC coinciden al restringir la aplicabilidad de sus reglas a los contratos con doble finalidad «…en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato», en base a lo cual cabría preconizar que respecto de ambas Directivas no resulta aplicable el *negligible test* sino el referido *predominant test*. Tal coincidencia en el tenor literal de ambas Directivas hace que la posible laguna interpretativa pueda ser suplida mediante al recurso a las nuevas *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE* [2021/C 525/01, disponibles online en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)], en las que la Comisión parece apostar claramente por el *predominant test* con ocasión de acotar los conceptos de comerciante y consumidor a los que resulta de aplicación la Directiva (apartado 1.1), aludiendo al planteamiento adoptado en la STJUE de 4 de octubre de 2018, Komisia za zashtita na potrebitelite c. Evelina Kamenova, C-105/17, EU:C:2018:808 (apartados 33, 36 y 37).

parecía decantarse por el *negligible test* a propósito del uso con fines tanto privados como profesionales de *Facebook*, siquiera procesalmente a efectos del Art. 15 del Reglamento 44/2001/CE[48].

Con todo, no cabe soslayar que la aplicabilidad a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales de la figura de los contratos con doble finalidad puede resultar especialmente problemática, ya que en muchos casos el objeto de tales contratos es por definición susceptible de un uso dual, cual acontece en particular con los programas de ofimática, edición de fotos o vídeos, almacenamiento, servicios en la nube y otros muchos tipos de aplicaciones o bienes con elementos digitales (piénsese, por ejemplo, en un *smartphone*, una *tablet* o un ordenador)[49], con la consiguiente incertidumbre

48. STJUE de 25 de enero de 2018, *Maximilian c. Facebook Ireland Limited*, C-498/16, EU:C:2018:37, especialmente interesante habida cuenta de que los servicios prestados por Facebook se incardinan dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE. En ella el Tribunal recordaba cómo «Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01)» (Apartado 32). En el caso enjuiciado por dicha Sentencia el Sr. *Schrems* venía haciendo uso de la red social de *Facebook* con fines exclusivamente privados desde 2008. Sin embargo, a partir de 2011 pasó a tener una página de dicha red social, registrada y creada por él mismo, a fin de informar a los internautas sobre sus acciones contra *Facebook Ireland*, sus conferencias, sus participaciones en debates públicos y sus apariciones en los medios, además de para solicitar donaciones y hacer publicidad de sus libros, en vista de lo cual se planteaba si podía tener encaje dentro de la definición de consumidor a efectos del Art. 15 del Reglamento 44/2001/CE, habida cuenta de la naturaleza dual de la finalidad de su uso de la red social (privada y profesional), considerando el Tribunal de Justicia que dicho precepto «…debe interpretarse en el sentido de que un usuario de una cuenta privada de *Facebook* no pierde la condición de "consumidor" en el sentido de ese artículo cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales» (Apartado 41).

49. *Cfr.*, entre otros, Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 262; CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., pp. 4 y 5; y ARROYO AMAYUELAS, E. «Spain», en DE FRANCESCHI, A. y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law: The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, p. 633.

que ello entraña en lo que atañe a la errática determinación jurisprudencial –cuantitativa y cualitativamente hablando– del rol no predominante que la finalidad empresarial reviste a efectos de clarificar la aplicación del TRLGDCU[50], lo que –quizás– aconsejaría la expresa formulación de reglas específicas o parámetros a tales efectos por parte del legislador con motivo de la transposición de las Directivas de compraventa y suministro en pro de una mayor seguridad jurídica[51].

En segundo lugar, debe tenerse también en cuenta que mientras que tanto en la Directiva de compraventa como en la de suministro la figura del empresario/vendedor comprende a las personas físicas y jurídicas[52], en la definición de consumidor se deja fuera a estas últimas como viene siendo habitual en la práctica totalidad de normas comunitarias de consumo y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[53], si bien facultando a los Estados miembros a ampliar dicha definición a las organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pequeñas y medianas empresas[54], cual ha acontecido, por ejemplo, en el caso del Derecho francés con motivo de la transposición de ambas Directivas[55].

---

50. *Cfr.* ARROYO AMAYUELAS, E., «Spain», cit., p. 632-633, haciéndose eco de la dicotomía entre los denominados *negligible test y predominant test* previamente referidos y su uso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que acota los contratos con doble finalidad incardinables en el marco de la contratación B2C.
51. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., pp. 5 y 23.
52. *Cfr.* Arts. 2.5 DCSD y 2.3 DCV.
53. *Cfr.*, por ejemplo y entre otras, Arts. 2.b Directiva 1993/13/CEE sobre cláusulas abusivas, 2.e Directiva 1998/6/CE en materia de indicación de precios o 2.a Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. *Vid.*, asimismo, a este respecto la STJUE de 22 de noviembre de 2001, *Idealservice*, C-541-99 y C-542/99, EU:C:2001:625, apartados 15 y 16, a propósito de la definición de consumidor contenida en el Art. 2.b de la Directiva 1993713/CEE sobre cláusulas abusivas.
54. *Cfr.* Cdos. 16 DCSD y 21 DCV. Habida cuenta de que la expresión contenida en tales Considerandos no especifica cómo deberá articularse esa extensión, siendo lo suficientemente vaga como para dar cabida a distintas opciones legislativas Morais Carvalho, J. propone tres alternativas: «i) ampliación del concepto de consumidor, incluyendo también a las personas jurídicas y/o a las personas físicas que actúen con fines profesionales; ii) aplicación general de las normas de las directivas con independencia de la naturaleza del comprador de bienes o de los contenidos o servicios digitales; iii) ampliación de la protección a otra categoría de personas, como, por ejemplo, las pymes» [«Contratos de compraventa…», cit., p. 935].
55. En el Derecho francés se ha extendido las reglas de protección de los consumidores a los contratos celebrados por las personas jurídicas cuando actúan con un propósito no relacionado con su actividad comercial (*contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels*), fruto de las modificaciones operadas en el *Code de la consom-*

En el caso del Derecho español el concepto de consumidor previsto en el Art. 3.1 TRLGDCU ya resultaba con anterioridad a las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE más amplio a este respecto que el contenido en el *acquis* de consumo[56], dado que incluía a «…las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»[57].

La alusión del Art. 3 TRLGDCU a las entidades sin personalidad jurídica está primordialmente pensada en referencia a las comunidades de propietarios, en tanto que entidades carentes de personalidad, finalidad comercial ni ánimo de lucro que claramente encajan dentro de la definición de consumidor prevista en dicho precepto, como por lo demás ha tenido de confirmar expresamente el Tribunal Supremo, de acuerdo con la libertad reconocida a tales efectos por el Tribunal de Justicia[58].

---

mation por la *Ordonnance* N° 2021-1247 de 29 de septiembre de 2021 por la que se transponen las nuevas Directivas de compraventa y de suministro de contenidos y servicios digitales (disponible online en https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000044127753/2021-10-01/), en particular en los *Articles* L216-8, L217-32 y L224-24 a 31 de dicho *Code*. La referida Ordenanza introduce (Art. 1) en el *Code de la consommation* el concepto de non-professionnel, entendido cómo *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* (*Articles liminaire à* L823-2). *Vid.* en detalle a este respecto SÉNÉCHAL, J., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, Issue 6, 2021, pp. 266-266 y BORGHETTI, J-S., «France», en DE FRANCESCHI, A. y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 256-257.

56. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», cit., pp. 104-105 y 148-149.; y ARROYO AMAYUELAS, E., «Spain», cit., p. 632.

57. La formulación actual del Art. 3.1 TRLGDCU se remonta a la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, si bien la comprensión de las *personas jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional* data del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprobó la refundición de la Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios con cinco leyes especiales de transposición de Directivas comunitarias. A propósito de la evolución del concepto de consumidor a resultas de las sucesivas modificaciones legales que se han sucedido al respecto en nuestro ordenamiento, consecuencia a su vez de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», cit., pp. 106-110.

58. *Cfr.* STS de 13 de abril de 2021 (RJ 2021, 1710), FJ 5.º, en la que se hace, además, referencia a la plena compatibilidad de la solución adoptada en nuestro país con la predicada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 2 de abril de 2020, *Condiminio di Milano*, C-329/19, EU:C:2020:263, en la que se negó la aplicabilidad de la Directiva 93/13/CE a una comunidad de propietarios italiana (condominio), habida cuenta de que se trataba de un ente sin personalidad jurídica, si bien afirmando al mismo tiempo la libertad de

Por lo que respecta a las personas jurídicas, salta a la vista que las empresas emergentes o PYMES no tienen cabida dentro de la definición del Art. 3 TRLGDCU, respecto de las cuales el legislador español no ha hecho uso del margen de ampliación expresamente conferido por ambas Directivas[59] y que entronca con el debate relativo a la aplicabilidad a tales sujetos de las normas propias de la contratación B2C en atención a su mayor vulnerabilidad[60], lo que en su momento motivó su inclusión dentro del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa de compraventa común europea de 2013[61] y, más recientemente, la adopción

---

los Estados miembros para regular el régimen aplicable a tales comunidades, vista la ausencia de armonización a nivel europeo y *ex* Art. 345 TFUE del concepto de propiedad (apartados 27 y 28).

59. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», cit., pp. 104 y 105 y «Un primer balance…», cit., pp. 23 y 26; y ARROYO AMAYUELAS, E., «Spain», cit., p. 633, esta última posicionándose a favor de la ampliación a la contratación B2B del ámbito de aplicación no ya de las reglas del TRLGDCU sino de las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, visto que algunas de sus reglas parecen estar pensadas claramente para la contratación entre empresas (cual acontece con los contenidos digitales personalizados) y la utilidad que ello podría revestir de cara a interpretar la relevancia de los fines específicos en determinación subjetiva del objeto contratado (Art. 7.b DCSD).

60. La literatura relativa a la interacción entre la armonización del Derecho contractual europeo y la mejora de las condiciones de las PYMES, así como su posible equiparación a los consumidores y usuarios en cuanto a la protección a conferirles resulta abundante. *Vid.* a este respecto, entre otros muchos, HESSELINK, M. W., «SMEs in European Contract Law», en BOELE-WOELKI, K. y GROSHEIDE, W. (Eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2007, pp. 349 y ss. y «The values underlying the Draft Common Frame of Reference: what role for fairness and "social justice"?», *Study for the Directorate General Internal Policies of the Union*, European Parliament (PE-408/312), 2008, pp. 30-34; STUYCK, J., «Do We Need "Consumer Protection" for Small Businesses at the EU Level?», en PURNHAGEN, K. y ROTT, P. (Eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation (Liber Amicorum for Hans Micklitz)*, Springer, Switzerland, 2014, pp. 359 y ss.; LOOS, M. y SAMOY, I., «The Position of Small and Medium-Sized Entreprises in European Contract Law: An Introduction», DIAS SIMÕES, F., «The importance of SMEs for the European Market» y BURLEZ, P., «A consumer Law for Professionals: Radical innovation or consolidation of national practices?», todos ellos en LOOS, M. B. M. y SAMOY, I. (Eds.), *The Position of Small and Medium-Sized Entreprises in European Contract Law,* Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 1 y ss., 9 y ss. y 41 y ss. respectivamente; y BEALE, H., «The story of EU contract law – from 2011 to 2014», en TWIGG-FLESNER, C. (Ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 433-434.

61. *Cfr.* Arts. 3 y 7 de la Propuesta de Reglamento, en los que se ampliaba el ámbito de aplicación de la CESL a la contratación B2B siempre y cuando al menos una de las partes contratantes fuese una PYME en los términos previstos en el Art. 7.2. *Vid*. WENDEHORST, C., «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of

de normas *ad hoc* en esta dirección, caso particularmente del Reglamento P2B 2019/1150/UE[62] y de la Directiva 2019/663/UE relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario[63].

La conceptualización como consumidores de las personas jurídicas se supedita no solo a la desvinculación del contrato celebrado de su actividad comercial/empresarial sino también a la inexistencia de ánimo de lucro por su parte[64], requisitos ambos que –por definición– concurren en el caso de una ONG, una asociación[65] o, llegado el caso, una

---

the Council on a Common European Sales Law, Article 7», en Schulze, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, C.H. Beck·Hart·Nomos, München, 2012, pp. 53 y ss.

62. Dicho Reglamento 2019/1150/UE, más conocido como Reglamento P2B (*Platform to Business Regulation*), regula las relaciones entre las plataformas y los profesionales que operan a través de ellas, asumiendo la naturaleza asimétrica de tales relaciones (Cdos. 2 y 4). Sobre el enfoque e implicaciones de dicho Reglamento P2B *vid.*, entre otros, TWIGG-FLESNER, Ch., «The EU's Proposal…», cit., pp. 222 y ss.; Cauffman, C., «New EU Rules…», ob. cit., pp. 474-475; Campos Carvalho, J., «Online platforms…», cit., pp. 252-253; y d'alessio, a., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework – Part I: Platform to business user relations», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020.

63. *Cfr.* Cdo 9 y Art. 3 de la Directiva 2019/633/UE, transpuesta al ordenamiento español por la Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. A propósito de dicha Directiva y del desequilibrio y problemas suscitados en el ámbito de las cadenas de suministro agroalimentarias respecto a la parte contratante «débil» de tales cadenas B2B *vid.* CAFAGGI, F. y IAMICELI, P., «The limits of contract laws. The control of contractual power in trade practices and the preservation of freedom of contract within agri-food global supply chains», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 117 y ss.

64. *Vid.* en detalle CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», cit., pp. 150 y ss.

65. Así, la STS de 29 de abril de 2021 (RJ 2021, 1905) consideró que una asociación deportiva que había concertado un préstamo para la mejora de sus instalaciones no perdía por ella la condición de consumidora pues «…que dedicara el préstamo a la mejora de sus instalaciones no implica ánimo de lucro, pues entraba dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades», sin que el hecho de estar dada de alta en el impuesto de actividades económicos constituya un obstáculo a tal efecto, vista su inclusión «…en el régimen fiscal especial regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo», concluyendo que «Para que pudiéramos considerar que la mejora de las instalaciones deportivas financiada por el préstamo se enmarcó en un ámbito o finalidad empresarial, tendría que haberse acreditado en la instancia que estas

fundación[66], pero no –obviamente– en el de las empresas emergentes o PYMES, independientemente de su objeto social y de la forma societaria que adopten[67]. Y ello a diferencia de cuanto acontece con las personas físicas, que únicamente precisan actuar «…con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»[68], sin que la existencia por

---

instalaciones eran objeto de una explotación económica por el club. Ya sea mediante la organización de eventos con los que obtuviera una ganancia económica lucrativa o la cesión de las instalaciones a terceros a cambio de un precio; ya fuera, en algunos casos, a través de sus propios socios, cuando la cuantía y significación de los cuotas y derechos de uso fueran tan relevantes que encerraran una forma de explotación económica» (FJ 2.º). A propósito de la cuestión relativa a los beneficios obtenidos por las asociaciones resulta interesante la SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 2 de octubre de 2020 (JUR 2021, 16211, FJ 3.º), a propósito del arrendamiento concertado por una asociación a resultas del cual percibía una renta y, por ende, unos beneficios que, sin embargo, no implican existencia de ánimo de lucro ni realización de una actividad profesional/comercial por parte de la asociación que excluyan su catalogación como consumidora *ex* Art. 3 TRLGDCU, habida cuenta de que la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación expresamente contempla la obtención de beneficios por parte de las asociaciones y su obligatoria reinversión en el cumplimiento de sus fines (Art. 13.2), cual acontecía en el caso enjuiciado.

66. Como apunta CÁMARA LAPUENTE, en el caso de las fundaciones ha de tenerse en cuenta que –a diferencia de cuanto acontece con las asociaciones *ex* Art. 13 LOA– el Art. 23 del Reglamento de Fundaciones distingue en las actividades de las fundaciones entre *propias* y *mercantiles*, diferenciación en atención a la cual MATO PACÍN plantea la posible inclusión de tales fundaciones en el concepto de consumidor en función del concreto acto/negocio celebrado. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», ob. cit., p. 153; y MATO PACÍN, M.ª N., «Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 48, 2019, p. 15.

67. Nótese que el Tribunal Supremo ha destacado en múltiples ocasiones en el caso de las sociedades mercantiles de capital –y al margen de su objeto social– el ánimo de lucro se presume, lo que *per se* excluye su catalogación como consumidoras *ex* Art. 3 TRLGDCU en los términos apuntados, a lo que se suma su catalogación en todo caso como empresarias de acuerdo con el criterio de la mercantilidad, visto el tenor de los Arts. 2 TRLSC y 1, 3 y 116 CCom. Además, al y como ha destacado igualmente la jurisprudencia, el hecho de que el contrato vinculado a tales sociedades o actividades empresariales/mercantiles sea celebrado por una persona física carece de relevancia a efectos de la catalogación del contrato celebrado como un contrato de consumo, visto que el criterio decisivo no se cifra en la *personalidad del contratante* sino en el ámbito objetivo de la operación. *Vid.* en este sentido las SSTS, entre otras muchas, de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 371, FJ 4.º, 3 de junio de 2019 (RJ 2019, 2181, FJ 3.º), 20 de enero de 2020 (RJ 2020, 819, FJ 3.º), 11 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4492, FJ 2.º) y 17 de noviembre de 2023 (JUR 2023, 426853, FJ 2.º sintetizando la jurisprudencia del TJUE al respecto sobre la que el Tribunal Supremo articula sus razonamientos).

68. Acerca de la interpretación jurisprudencial de la ajenidad del contrato a la actividad comercial o profesional del sujeto a la hora de integrar la definición de consumi-

su parte de ánimo de lucro respecto de una operación concreta resulte *per se* un elemento incompatible con su condición de consumidoras[69], como expresamente corrobora el silenciamiento de tal requisito en el Art. 3.1, par. 1 TRLGDCU[70] y ha sido confirmado tanto por el Tribunal Supremo[71] como por el Tribunal de Justicia[72], al menos siempre y cuando la actividad

---

dor de acuerdo con parámetros objetivos *vid.* en detalle CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», cit., pp. 120 y ss. (interpretación objetiva de tal requisito que, como certeramente destaca el autor, resulta igualmente extrapolable a las personas jurídicas, p. 150).

69. *Vid.* recientemente, Reyes López, M.ª J., «La evolución del concepto de consumidor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16 *bis*, 2022, pp. 3237 y 3238.

70. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», cit., pp. 109 y 128.

71. Como destaca CÁMARA LAPUENTE, S., la compatibilidad en el caso de las personas físicas de la condición de consumidor con la existencia de ánimo de lucro en las operaciones que realizan se remonta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la Sentencia plenaria de 16 de enero de 2017 (RJ 2017, 22), en la que a propósito de la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles con facultad de reventa por parte de la compradora se afirmaba cómo «…la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora» (FJ 4.º). Con posterioridad dicho planteamiento ha sido reproducido en reiteradas ocasiones: 1) En relación nuevamente con contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles en las SSTS, entre otras muchas, de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 360, RJ 2017, 348 y RJ 2017, 347, FJ 10.º), 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 447, FJ 3.º), 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 804, RJ 2017, 589 y RJ 2017, 797, FFJJ 9.º y 2.º), 17 de julio de 2017 (RJ 2017, 3963 y RJ 2017, 3536), 20 de julio de 2017 (RJ 2017, 4144, FJ 2.º), 24 de abril de 2018 (RJ 2018, 1791, FJ 3.º), 19 de julio de 2018 (RJ 2018, 2956, FJ 7.º) o 4 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4047, FJ 7.º); 2) Respecto de la compraventa de inmuebles con la finalidad inversora y lucrativa de alquilarlos en las SSTS de 13 de junio de 2018 (RJ 2018, 2445, FJ 3.º), 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1469) o 18 de abril de 2023 (RJ 2023, 2511, FJ 3.º). [*Cfr.* «Comentario…», cit., pp. 128 y 129].

72. Así, a efectos de la aplicación de la competencia judicial en materia de contratos celebrados por consumidores prevista en el Art. 15 del Reglamento 44/2001/CE la STJUE de 10 de diciembre de 2020, *A. B. y B. B. c. Personal Exchange International Limited*, C-774/19, EU:C:2020:1015, destacaba cómo «…*una persona física* domiciliada en un Estado miembro que, por una parte, ha celebrado con una sociedad establecida en otro Estado miembro un contrato para jugar al póker en Internet que contiene condiciones generales determinadas por esta última y, por otra parte, no ha declarado oficialmente tal actividad ni ha ofrecido dicha actividad a terceros como servicio de pago *no pierde la condición de "consumidor" a efectos de esta disposición aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias*» (apartado 50). Para un comentario en detalle de dicha Sentencia *vid.* PAREDES PÉREZ, J. I., «Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I *bis*(1): Sentencia TJ de 10 de diciembre 2020, asunto C-774/19», *La Ley Unión Europea*, N.º 89, 2021.

en cuestión no se realice de una manera regular o habitual que denote la existencia de una actuación profesional[73], lo que resulta especialmente relevante en el ámbito de las plataformas de economía colaborativa[74].

Por último, ha de tenerse en cuenta que tales diferencias de tratamiento de las personas físicas y jurídicas en lo que concierne al ánimo de lucro a efectos de su subsunción en la definición de consumidor *ex* Art. 3 TRLGDCU se traducen, asimismo, en la inaplicabilidad a las personas jurídicas con ánimo de lucro de la figura anteriormente analizada de los contratos con doble finalidad[75], tal y como expresamente ha tenido ocasión de destacar en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo[76].

---

73. Como se destacaba en la STS plenaria de 16 de enero de 2017 (RJ 2017, 22) «…cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el Art. 1.1.º CCom» (FJ 4.º). *Vid.* en el mismo sentido las SSTS, entre otras muchas, de 13 de junio de 2018 (RJ 2018, 2445, FJ 3.º), 4 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4047, FJ 7.º), 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1469, FJ 3.º), 26 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4869, FJ 3.º), 3 de mayo de 2023 (RJ 2023, 2991, FJ 3.º) o 7 de julio de 2023 (RJ 2023, 4367, FJ 3.º).
74. *Vid.* a este respecto LOIS CABALLÉ, A. I., «El "comerciante ocasional": el impacto de las nuevas tecnologías en el marco de la economía colaborativa, en la delimitación de los conceptos de consumidor y comerciante», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º 55, 2021.
75. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario…», cit., p. 137.
76. Cabe destacar en este sentido la STS de 20 de enero de 2020 (RJ 2020, 819), en la que se analizaba la cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario concertado por una Sociedad Limitada dedicada al sector del transporte y la maquinaria. Tanto el Juzgado de 1ª Instancia N.º 5 de Vitoria como la Audiencia Provincial de Álava estimaron el carácter abusivo de la cláusula por no superar el control de transparencia, así como la condición de consumidora de la empresa prestataria, visto que no quedaba acreditado que el préstamo se hubiese contraído para financiar su actividad empresarial. Contrariamente, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera prestamista, excluyendo la catalogación como consumidora de la prestataria dado el hecho de tratarse de una sociedad mercantil con ánimo de lucro y considerando su subsunción en la definición del Art. 4 TRLGDCU, precisando, además, que «…puesto que la Audiencia Provincial parece sugerir que se trató de un contrato con doble finalidad (empresarial y de consumo), debe aclararse que dicha figura tiene cabida cuando se trata de adherente persona física, pero no cuando, como es el caso, se trata de una sociedad mercantil con ánimo de lucro» (FJ 3.º). Dicho planteamiento

III. OBJETO DEL CONTRATO

Tal y como su propia denominación vaticina, la Directiva 2019/770/UE resulta aplicable a los contratos de suministro tanto de contenidos como de servicios digitales (Art. 3.1), configurados en términos amplios con el objetivo último de evitar su rápida obsolescencia a la vista de futuras innovaciones tecnológicas[77], habida cuenta de las rápidas y constantes evoluciones que se producen en este campo[78], debiendo tener en cuenta a tales efectos las definiciones contenidas en el Art. 2 de la Directiva (apartados 1 y 2), reproducidas a su vez en el Art. 59 *bis* TRLGDCU (apartado 1, letras d y o) tras la reforma operada por el RDL 7/2021, de 27 de abril, en los términos analizados en el Capítulo precedente[79].

Partiendo de tal conceptualización amplia, la Directiva 2019/770/UE se limita a efectuar una enumeración meramente ilustrativa de dichos contenidos y servicios, aludiendo, por ejemplo, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo/audio/música u otros servicios digitales que permiten la creación/tratamiento o almacenamiento de datos en forma digital (Cdo. 19)[80], sin que la dicotomía «contenidos digitales» *vs* «servicios digitales» conduzca, al menos *a priori*, a ninguna diferenciación relevante en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato celebrado, limitándose sencillamente a corroborar el amplio ámbito de aplicación de la normativa adoptada[81].

---

ha sido posteriormente reiterado en los AATS, entre otros, de 21 de septiembre de 2022 (JUR 2022, 314429, FJ 3.º), 30 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 373114, FJ 3º), 12 de abril de 2023 (JUR 2023, 180931, FJ 3.º), 26 de abril de 2023 (JUR 2023, 199033, FJ 3.º), 15 de noviembre de 2023 (JUR 2023, 419855, FJ 2.º).

77. *Cfr.* Cdo. 19 Directiva 2019/770/UE

78. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., pp. 68-69.

79. *Vid. supra* el Capítulo de Mora García acerca de las definiciones aplicables a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

80. De acuerdo con dicho Cdo. 19 la Directiva 2019/700/UE resulta, entre otras cosas, aplicable «…a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como a servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales».

81. *Cfr.* Staudenmayer, D. «Article 3», cit., p. 68; y ARROYO AMAYUELAS, E., «Las nuevas Directivas…», cit., p 23. Como destaca Cámara Lapuente, S., la distinción entre «contenidos» y «servicios» digitales reduce en gran medida su virtualidad a ámbitos distintos

El hecho de que el contenido o servicio digital se haya desarrollado conforme a las especificaciones del consumidor, no empece en modo alguno la aplicabilidad de la Directiva 2019/770/UE (Art. 3.3), caso particularmente de los modelos de impresión en 3D, aunque la adquisición de bienes producidos a través de dicha tecnología resulta excluida y sometida a las reglas de la Directiva de compraventa 2019/771/UE (Cdo. 26). Esta referencia a la inclusión de los contenidos y servicios digitales «a la carta» dentro del ámbito material de aplicación de las reglas de la Directiva no ha tenido reflejo en su transposición al ordenamiento español con motivo de las modificaciones operadas en el TRLGDCU (a diferencia de cuanto acontece, por ejemplo, con la transposición alemana[82]), que sencillamente se limita a definir en su Art. 59 *bis* (apartado 1.b) los bienes elaborados conforme a las especificaciones

---

del de los derechos conferidos a los consumidores por las Directivas 2019/770/UE y 2011/83/UE (*Cfr. Contratos y protección jurídica del consumidor*, p. 594). A tal efecto, el autor menciona los problemas que plantea la determinación de lo que realmente se ha transmitido al adquirente en virtud del contrato celebrado (si puede entenderse que existe algo más que la mera cesión de uso mediante licencia, con independencia de la transmisión de la propiedad del soporte material), y la naturaleza del contrato como tal (compraventa, prestación de servicios, *leasing*, permuta, etc.), remitiéndose a tal efecto a las consideraciones efectuadas en su trabajo «Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular en contratos con consumidores)», en *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 607-635. En este sentido, cabe destacar que la definición sobre contenidos digitales mencionada en el artículo 2.1 de la Directiva de Contenidos Digitales 2019/770/UE coincide literalmente con la anticipada en el artículo 2.11 de la Directiva 2011/83/UE, incluyendo, en su apartado segundo, el concepto de servicios digitales. Se aleja así del enfoque adoptado en el artículo 2.1 de la Propuesta original presentada [COM(2015) 634 final], cuya definición claramente abierta de contenido digital dificultaba enormemente cualquier distinción entre contenidos y servicios. *Vid.* a este respecto Cámara Lapuente, S., «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales: acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad», en *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 593-594. Arroyo Vendrell, T., se refiere también a la evolución de esta diferenciación entre el concepto de contenidos frente al de servicios digitales desde la propuesta original de Directiva hasta el texto luego modificado presentado por el Consejo el 1 de junio de 2017 [*Cfr.* «Aproximaciones a la propuesta de Directiva europea sobre los contratos de contenidos y de servicios digitales», en Kindl, J., Arroyo Vendrell, T. y Gsell, B. (Eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 43-44].

82. *Cfr.* §327(4) BGB, en el que expresamente se alude a la aplicabilidad de las reglas relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales previstas en el BGB a los productos digitales desarrollados de acuerdo a las especificaciones del consumidor [debiendo tener en cuenta que la denominación «productos digitales»

del consumidor y usuario (sin mencionar los contenidos y servicios digitales personalizados)[83], incluyendo, asimismo, el suministro de tales «bienes» entre las excepciones al derecho de desistimiento (Art. 103.c TRLGDCU, el que tampoco se alude expresamente al suministro de tales contenidos/servicios digitales personalizados, aun cuando su inclusión dentro las excepciones al derecho de desistimiento parece evidente[84]).

1. CONTENIDOS DIGITALES EXCLUIDOS

Algunos contenidos digitales susceptibles de incardinarse dentro del ámbito aplicación de las reglas de la Directiva 2019/770/UE y su correlativa transposición al Derecho español están expresamente excluidos (Arts. 3.5 Directiva y 114.2 TRLGDCU), cual acontece en particular con el *software* ofrecido por el comerciante con una licencia gratuita o un código abierto[85] [Arts. 3.5(f) DCD y 114.2.h TRLGDCU], solución adoptada por el legislador

---

comprenden en el BGB tanto el suministro de contenidos como de servicios digitales, como expresamente resulta clarificado en el §327(1) BGB].

83. De acuerdo con dicho Art. 59 *bis* TRLGDCU, apartado 1.b: «A los efectos de este libro se entenderá por: "bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario": todo bien no prefabricado para cuya elaboración sea determinante una elección o decisión individual por parte del consumidor y usuario».

84. Nótese que en este punto el TRLGDCU se limita a reproducir la regla prevista en el Art. 16.c) de la Directiva 2011/83/UE relativo a las excepciones del derecho de desistimiento, en el que no se alude expresamente a los contenidos/servicios digitales personalizados, sino únicamente al «…suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados», ni tan siquiera tras las modificaciones operadas en dicha Directiva por la Directiva 2019/2161/UE para adaptarla a las nuevas reglas relativas a los contratos de suministro de contenidos/servicios digitales, aun cuando tales modificaciones sí que han incidido en las excepciones al derecho de desistimiento previstas en el referido Art. 16 (cambiando el contenido de sus apartados a y m). Esta ausencia de referencia expresa a la inclusión de los contenidos/servicios digitales personalizados entre las excepciones al derecho de desistimiento se aprecia por lo demás tanto en la propia Directiva 2019/770/UE como en otras transposiciones nacionales de la norma, cual acontece en el caso del §312.g(2) BGB, que como en el caso del TRLGDCU tan solo alude a los contratos de suministro de bienes (que no de productos dentro los cuales se incluyen los contenidos/servicios digitales) que no son prefabricados, sino que se producen a petición del consumidor o están personalizados de acuerdo a las necesidades del consumidor en cuestión.

85. Según el Cdo. 32 DCSD se entiende por software libre y de código abierto aquél «… en el que el código fuente se comparte abiertamente y los usuarios pueden acceder libremente al programa (software) o a las versiones modificadas de este, utilizarlo, modificarlo y redistribuirlo».

europeo en pro del avance y la innovación tecnológicas[86] (Cdo. 32)[87]. No obstante, para que tal exclusión opere se exige la concurrencia de dos requisitos cumulativos, explicitados tanto en la propia Directiva como en el Art. 114.2.h) TRLGDCU: 1. No puede mediar precio en el suministro de dicho *software*; 2. Los datos personales facilitados por el consumidor como «contraprestación» por el *software* suministrado únicamente pueden ser tratados por el empresario con la finalidad exclusiva *de mejorar la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad de ese programa (software) concreto*[88]. Si, por el contrario, los datos personales del consumidor son utilizados con fines que trascienden a la «mejora técnica» del *software* en cuestión –mejora que resulta lógica en la dinámica de funcionamiento que caracteriza al desarrollo de este tipo de programas, basada en el *feedback* de los usuarios[89]– estaremos en presencia

86. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., p. 83.

87. El Cdo. 32 de la Directiva 2019/770/UE explica la exclusión del software libre de su ámbito de aplicación en los siguientes términos: «El programa (software) libre y de código abierto, en el que el código fuente se comparte abiertamente y los usuarios pueden acceder libremente al programa (software) o a las versiones modificadas de este, utilizarlo, modificarlo y redistribuirlo, puede contribuir a la investigación y la innovación en el mercado de los contenidos y servicios digitales. Con el fin de evitar que se impongan trabas a esta evolución del mercado, la presente Directiva tampoco debe aplicarse al programa (software) libre y de código abierto, siempre que este no se suministre a cambio de un precio y que los datos personales del consumidor se utilicen exclusivamente para mejorar la seguridad, la compatibilidad o la interoperabilidad del programa (software)». Tal y como destaca Staudenmayer, D. («Article 3. Scope», cit., p. 83), dicha exclusión del software gratuito o de código abierto del ámbito de aplicación de la Directiva fue añadida relativamente tarde en el proceso de tramitación legislativa de la Directiva 2019/770/UE, concretamente como consecuencia de las enmiendas propuestas por las Comisiones de Mercado Interior y Protección del Consumidor y de Asuntos Jurídicos (IMCO/JURI *Committees*), concretamente en su Informe sobre la Propuesta de Directiva de 27 de noviembre de 2017 [Informe – A8-0375/2017, disponible online en *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_ES.html*], habida cuenta de que la Propuesta de Directiva no contemplaba tal exclusión [*Cfr.* Art. 3.5 de la Propuesta COM(2015) 634 final]. En particular, las enmiendas 60, 61 y 86 del informe presentado estaban dedicadas a dicha exclusión, siendo la última de tales enmiendas en la que se proponía la introducción de un apartado *bis* en el Art. 3.5 de la Propuesta, en virtud del cual quedase excluido de su ámbito de aplicación «el suministro de contenidos o servicios digitales con arreglo a una licencia libre y gratuita en tanto en cuanto no existan relaciones contractuales y obligaciones más allá de la adherencia a las condiciones de la licencia».

88. *Cfr.* Art. 3.5(f) y Cdo. 32.

89. Como certeramente apunta Staudenmayer, D., «The underlying reasoning is that the development of free and open source software relies on the feedback, input and further improvements made by those other than the initial software developer. It should be possible that the personal data of the consumer can be used for improvements of

un contrato de suministro a cambio de datos personales, subsumible dentro del ámbito de aplicación de la Directiva *ex* Art. 3.1[90] (al igual que cuando se abona un precio por el suministro del *software*) y, por ende, de sus correlativas normas de transposición incorporadas al TRLGDCU.

De forma previsible, la Directiva 2019/770/UE también excluye de su ámbito de aplicación los contenidos digitales proporcionados por organismos del sector público de los Estados miembros [Art. 3.5(h) DCSD], remitiendo a tales efectos al régimen instaurado en la derogada Directiva 2003/98/CE, actualmente reemplazada por la Directiva 2019/1024/UE relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público[91]. Así pues, la puesta a disposición por los organismos del sector público a través de medios electrónicos –el formato preferente para tal puesta a disposición[92]– de toda la información y documentación existente en su poder a efectos de su reutilización por los solicitantes con fines tanto públicos como privados[93] –aun cuando encaja dentro del concepto de contenido digital de la Directiva 2019/770/UE[94]– queda fuera de su ámbito de aplicación, vista la inexistencia de beneficio alguno de la Administración derivado de dicha facilitación de datos[95], solución que se reproduce igualmente en el 114.2(j) TRLGDCU (remitiendo a tales efectos al régimen previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector por organismos del sector público que transpone la vigente Directiva 2019/1024/UE).

---

certain key aspects of the software, i.e. its security, compatibility or interoperability. If, however, the personal data are used for purposes going beyond these limits, the exemption does not apply» («Article 3. Scope», cit., p. 83).

90. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., p. 83.

91. Cuya transposición al Derecho español se operó por medio del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, por el que se modifica oportunamente la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

92. *Cfr.* Art. 5.1 de la Directiva 2019/1024/UE.

93. *Vid.* Cdos. 12 y 13 de la Directiva 2019/1024/UE.

94. Nótese que la propia Directiva 2019/1024/UE alude al potencial de la información en poder del sector público en tanto que materia prima para los *contenidos digitales*, lo que unido al principio de facilitación de tal información por medios electrónicos y la posibilidad de abono de una contraprestación a tales efectos por los interesados (Art. 6) corroboraría su posible inclusión como «contenido digital» a los efectos de la Directiva 2019/770/UE.

95. *Cfr.* STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», cit., p. 84. Nótese que con carácter general la contraprestación a abonar por la facilitación de la información se restringe *ex* Art. 6.1 de la referida Directiva 2019/1024/UE a «… la recuperación de los costes marginales en que se incurra para la reproducción, puesta a disposición y difusión de los documentos, así como para la anonimización de datos personales y las medidas adoptadas para proteger información comercial confidencial».

Distinto es el caso del suministro de contenidos digitales puestos «…a disposición del público en general por un medio distinto de la transmisión de señales como parte de una actuación o acontecimiento», caso –en particular– de las proyecciones cinematográficas digitales [Art. 3.5(g) DCSD]. En este supuesto técnicamente no estamos en presencia de un contenido digital *stricto sensu* en el sentido del Art. 2.1 DCSD, visto el medio utilizado para el suministro en cuestión (no digital)[96], tratándose de una de las múltiples modalidades de actos de comunicación pública –según la normativa de propiedad intelectual (Art. 20 TRLPI)– generadora de relaciones contractuales diferenciadas del suministro de contenidos y servicios digitales regulado en la Directiva 2019/770/UE[97]. De ahí que tanto la Directiva 2019/770/UE como el Art. 114.2.i) TRLGDCU excluyan estas actuaciones o acontecimientos del ámbito de aplicación de las reglas instauradas para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

2. SERVICIOS DIGITALES EXCLUIDOS

Por lo que respecta a los servicios digitales, vista la definición prevista en los Arts. 2 de la Directiva 2019/770/UE y 59 *bis* TRLGDCU, resulta obvio

96. En estos casos el suministro del contenido digital no se opera en formato digital ni mediante la transmisión de señales, sino fruto de la presencia física del consumidor en el evento en cuestión en el que el contenido se proyecta, por lo que la expresa clarificación a este respecto por parte de la Directiva 2019/770/UE resulta, en cierta medida, redundante, vista la referida definición de contenido digital del Art. 2.1. El Cdo. 31 de la Directiva refrenda tal planteamiento, cuando precisa que «La presente Directiva no debe aplicarse a los contenidos o servicios digitales que se faciliten a un público general como parte de una actuación artística u otro acontecimiento, como una proyección cinematográfica o una representación teatral audiovisual». De ahí que tal exclusión no opere cuando el consumidor tiene acceso a la actuación o acontecimiento en cuestión mediante la transmisión de señales, caso particularmente de los servicios de televisión digital que, como el propio Cdo. 31 aclara, sí caen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Como destaca Staudenmayer, D., la exclusión del Art. 3.5(g) fue añadida en el transcurso de la tramitación legislativa de la Directiva en respuesta a los requerimientos de varios Estados miembros que solicitaban evitar que las actuaciones artísticas ejecutadas empleando medios digitales quedasen incluidas dentro de su ámbito de aplicación («Article 3. Scope», cit., p. 83).

97. Caso, por ejemplo, del contrato derivado de la adquisición de entradas de cine, representaciones teatrales/artísticas, etc., regidas además de por las normas generales de contratación y del TRLGDCU por la correspondiente normativa sectorial estatal y autonómica que rige en tales sectores (como acontece, por ejemplo, en el caso del cine, con la información a facilitar al público adquirente de los títulos de acceso a las salas de exhibición cinematográfica. *Cfr.* Art. 16 del Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine).

que las reglas de los contratos de suministro de tales servicios digitales no resultan de aplicación a la prestación de servicios «no digitales», aun cuando el empresario utilice formas o *medios digitales para obtener el producto del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor*, tal y como los Arts. 3.5(a) DCSD y 114.2.c) TRLGDCU precisan. El mismo planteamiento subyace, –en mayor o menor medida– a la exclusión de los servicios de comunicaciones electrónicas (excepción hecha de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración), los servicios de asistencia sanitaria, los *servicios de juego que impliquen apuestas de valor pecuniario en juegos de azar* y los servicios financieros. Exclusiones de servicios «no digitales» –pese a la digitalización de los cauces a través de los cuales se ofertan al consumidor– cuya concreción y desarrollo no se encuentra en el propio articulado de la Directiva 2019/770/UE, sino en sus considerandos previos (en particular en los Cdos. 27 y ss.) y en la correspondiente normativa sectorial, cuya adecuada contextualización merece ulteriores consideraciones a la vista de la «inacabada» transposición efectuada en el TRLGDCU.

El alcance de la exclusión general del ámbito de aplicación de la Directiva de los servicios «no digitales» obtenidos, entregados o transmitidos por medios digitales prevista en su Art. 3.5(a), así como en el Art. 114.2.c) TRLGDCU, resulta precisada por la propia Directiva en el Cdo. 27, circunscribiéndola a los contratos cuyo objeto principal sea la prestación de «servicios profesionales» o de «asesoramiento profesional» caracterizados por el hecho de que suelen ser realizados personalmente por el empresario (precisión ésta de la que no hay rastro en el TRLGDCU). Visto el silencio a este respecto del TRLGDCU, cabe destacar que la Directiva ejemplifica tal exclusión haciendo referencia a los servicios de traducción, arquitectura o asesoramiento jurídico, así como a los servicios públicos (seguridad social, registros públicos, actos notariales) prestados a través de medios digitales[98],

98. Respecto a tales servicios públicos conviene tener presente que su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE no resulta automática, sino que únicamente resulta procedente en aquellos casos en los que –como se infiere de los referidos Cdo. 27 y Art. 3.5(a) DCSD– el objeto del contrato no es un contenido o servicio digital propiamente dicho, aun cuando el suministro del contenido o servicio se hayan operado por medios digitales. *Cfr.* Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 261 (destacando cómo el concepto de *empresario* de la DCSD «…could encompass public bodies where a public body provides services on a commercial basis acting as a trader», conectando tal reflexión con la exclusión en el Cdo. 27 de los actos notariales); y STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», cit., p. 80.

supuestos todos ellos en los que obviamente el objeto del contrato celebrado no es un servicio digital, independientemente de que los profesionales que prestan tales servicios hagan uso de medios o herramientas digitales para la prestación del servicio en cuestión o para su transmisión al consumidor. Así pues, deben diferenciarse claramente los contenidos o servicios digitales de los que se sirven los profesionales que prestan el servicio del servicio propiamente dicho prestado al consumidor[99] (la traducción, asesoramiento jurídico o elaboración de un proyecto arquitectónico), aun cuando tal diferenciación puede resultar confusa en algunos casos.

En el caso de los servicios de traducción, explícitamente mencionados por la Directiva 2019/770/UE, son múltiples los programas o aplicaciones automatizadas (*Google Translate*, *Trados Studio*, *DeepL*, etc.) de los que los consumidores pueden valerse directamente sin mediación o supervisión de un profesional (personal, como destaca el Cdo. 27), motivo por el cual tales programas o aplicaciones quedan claramente subsumidos dentro del ámbito de aplicación de las reglas previstas tanto en la Directiva como en su correlativa transposición en el TRLGDCU cuando son utilizados en el marco de una relación contractual B2C[100]. Otro tanto cabe decir de aquellas aplicaciones relativas a arquitectura, sector profesional a que también alude expresamente el Cdo 27 de la Directiva, cual acontece con todas aquellas *apps* y programas recurrentemente utilizados en dicho ámbito (*Auto CAD*, *Morpholio Trace*, etc.).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que las aplicaciones y programas relativos a servicios jurídicos no constituyen una excepción en este sentido, habida cuenta de que –dejando de lado las funcionalidades que a este respecto pueden brindar aplicaciones como la archiconocida *Chat GPT*[101]– ya existen en el mercado empresas que ofrecen servicios jurídicos automatizados, caso, por ejemplo, de *LISA Robot Lawyer*, capaz de formular a petición de los usuarios acuerdos de confidencialidad (*Non Disclosure Agreements* or NDAs) generados mediante el uso de la inteligencia artificial, posibilitando

99. *Cfr.* Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 80.

100. *Cfr.* Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 266.

101. *Vid.*, por ejemplo, TAN, J., WESTERMANN, H. y BENYEKHLEF, K., «ChatGPT as an Artificial Lawyer?», *Workshop on Artificial Intelligence for Access to Justice*, June 19, 2023, Braga, Portugal.

en último término (aunque no de forma necesaria) y a falta de consenso de las partes implicadas sobre el acuerdo en cuestión el recurso al asesoramiento tradicional de un abogado «real» de forma *online*[102] (en cuyo caso la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2019//770/UE, en tanto que servicio «no digital» prestado por un profesional a través de medios *online*, resulta obvia).

En lo que atañe a las comunicaciones electrónicas, la exclusión prevista en el Art. 3.5(b) de la Directiva 2019/770/UE y en el Art. 114.2.(d) TRLGDCU debe ponerse en conexión con la definición de tales comunicaciones contenida en el Art. 2.4 de la Directiva 2018/1972/UE por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas[103]. De hecho, tal exclusión de las comunicaciones electrónicas del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE se proyecta igualmente en el tratamiento del régimen aplicable a los contratos mixtos[104] (Art. 3.6 DCSD), particularmente por lo que respecta a los paquetes que junto al suministro de contenidos o servicios digitales –cubiertos por la Directiva 2019/770/UE– incluyan servicios de acceso a internet o de comunicaciones interpersonales basados en numeración. La regulación de dichos paquetes se remite en bloque a la Directiva 2018/1972/UE (Art. 107)[105], excluyendo expresamente la aplicación a los contenidos y servicios digitales comprendidos en el paquete en cuestión las reglas de la Directiva de suministro relativas a la modificación de los contenidos/servicios, concretamente de su Art. 19 (Cdo. 33 y Art. 3.6

102. Acerca de las funcionalidades y servicios ofrecidos por dicha aplicación *vid.* la información desglosada en su página web https://robotlawyerlisa.com.

103. El referido Art. 2.4 de la Directiva 2018/1972/UE define tales comunicaciones electrónicas como «El prestado por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas, que incluye, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos, los siguientes tipos de servicios: a) el "servicio de acceso a internet", entendido según la definición del punto 2) del párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento (UE) 2015/2120; b) el "servicio de comunicaciones interpersonales", y c) servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión».

104. *Vid. infra* Apartado III.4.2.

105. Como certeramente apunta STAUDENMAYER, D., dicha remisión en bloque del régimen aplicable a tales paquetes implica la aplicación de reglas contenidas en la Directiva 2018/1972/UE que no encuentran parangón o equivalente en la Directiva 2019/770/UE, cual acontece con los requisitos de información contractual del Art. 102.3, las reglas sobre duración y resolución del contrato del Art. 105 o sobre portabilidad y cambio de proveedor del Art. 106 (*Cfr.* «Article 3. Scope», cit., p. 86, nota 179).

DCSD), precepto desplazado por el Art. 105.4 de la Directiva 2018/1972/UE[106] (Arts. 65 y 67 LGTEL), como por lo demás se confirma expresamente en el Art. 114.3 TRLGDCU excluyendo la aplicación en tal caso de las reglas previstas en los Arts. 126 y 126 *bis* TRLGDCU (no así en el Art. 621-70 CCCat).

Con todo, debe repararse en que, aunque la definición de comunicaciones electrónicas del referido Art. 2.4 de la Directiva 2018/1972/UE comprende los denominados «servicios de comunicaciones interpersonales», la Directiva 2019/770/UE finalmente ha optado por incluir dentro de su ámbito de aplicación tales servicios siempre y cuando éstos resulten independientes de la numeración[107], lo que resulta a su vez coherente con su tratamiento diferenciado en la propia Directiva 2018/1972/UE[108] y obliga a una adecuada

106. Así, de acuerdo con dicho Art. 105.4 de la Directiva 2018/1972/UE: «Los usuarios finales tendrán el derecho de rescindir sus contratos sin contraer ningún coste adicional cuando el proveedor de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público distintos de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración les anuncie que propone introducir cambios en las condiciones contractuales, a menos que los cambios propuestos sean exclusivamente en beneficio del usuario final o sean de una naturaleza estrictamente administrativa y no tengan efectos negativos sobre los usuarios finales o vengan impuestos por el Derecho de la Unión o nacional. Los proveedores notificarán a los usuarios finales, al menos con un mes de antelación, cualquier cambio de las condiciones contractuales, y les informarán al mismo tiempo de su derecho a rescindir su contrato sin contraer ningún coste adicional si no aceptan las nuevas condiciones. El derecho de rescindir el contrato podrá ejercerse en el plazo de un mes a partir de la notificación, plazo que los Estados miembros podrán prorrogar por un período adicional de hasta tres meses. Los Estados miembros velarán por que la notificación se efectúe de forma clara y comprensible, en un soporte duradero».

107. La Propuesta inicial de Directiva no contemplaba esta solución, sino que sencillamente se limitaba a excluir de su ámbito de aplicación los servicios de comunicaciones electrónicas, tal y como éstos se definían en la anterior Directiva marco 2022/21/CE [Art. 3.5(b)], planteamiento que resultó finalmente modificado con la presentación y aprobación del referido Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., pp. 80-81.

108. Con carácter general, el distinto tratamiento normativo de los servicios de comunicaciones interpersonales en función de si tales servicios resultan independientes o no de la numeración se justifica en la Directiva 2018/1972/UE en atención al hecho de que los servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración *participan en un ecosistema interoperable garantizado públicamente y, por consiguiente, también se benefician de él* (Cdo. 18). La misma idea se apunta el Cdo. 44, en el que se destaca cómo «A diferencia de las demás categorías de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que se definen en la presente Directiva, los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración no disfrutan de la utilización de los recursos públicos de numeración ni participan en un ecosistema interoperable garantizado públicamente».

coordinación entre las disposiciones previstas en ambas normas (Cdo. 33 y Arts. 3.6 y 3.7 Directiva 2019/770/UE) insatisfactoria –dicho sea de paso– en lo que atañe a la aplicación del antes referido Art. 105 de la Directiva 2018/1972/UE en materia de resolución de los contratos de larga duración a tales servicios de comunicación independientes de la numeración[109].

De acuerdo con la Directiva 2018/1972/UE un servicio de comunicación interpersonal independiente de la numeración es aquél que «…*no conecta a través de recursos de numeración pública asignados*, es decir, de un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, *o no permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración* nacional o internacional» (Art. 2.7), definición ésta a la que expresamente remite el referido Art. 3.5(b) de la Directiva 2019/770/UE. En vista de dicha definición, la Directiva 2019/770/UE excluye los servicios de acceso a internet[110] y restringe su aplicación Cdo. 28) a los servicios de correo electrónico (*Gmail*, *Yahoo*, *Outlook*, etc.) y de mensajería en línea (*Zoom*, *Facetime*, *Facebook Messenger*, *Skype*, *Google Meet* etc.), servicios ambos que, al mismo tiempo, están sujetos a las reglas previstas en la Directiva 2018/1972/UE[111].

Mención especial merecen los servicios de comunicación interpersonal que funcionan y se basan en la tecnología VoIP (*Voice over IP*)[112] y a través

109. Nótese que el Art. 105 de la Directiva 2018/1972/UE excluye expresamente la aplicación de sus reglas en materia de resolución de los contratos de larga duración (apartados 1 y 3) a los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, salvo que (Art. 107.1 *in fine*) tales servicios formen parte de un paquete que incluya servicios de acceso a internet o de comunicaciones interpersonales basados en numeración, en los términos previamente expuestos (Cdo. 33 DCSD). Sin embargo, el problema es que la Directiva 2019/770/UE carece de una regulación específica a tales efectos, a diferencia de cuanto acontecía con el Art. 16 de la Propuesta de Directiva inicialmente presentada (en la que sí que se regulaba el derecho de resolución en los contratos de larga duración, precepto que, sin embargo, fue finalmente suprimido en el transcurso del procedimiento de aprobación de la Directiva), con la consiguiente «laguna» que ello entraña. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., pp. 80-81.

110. *Cfr.* Cdo. 19 Directiva 2019/770/UE.

111. *Vid.* Cdos. 10, 15 y 17, Art. 84.3 y Anexo IV Directiva 2018/1972/UE. En este sentido, respecto a la conceptualización de los servicios de correo electrónico como servicios de comunicaciones electrónicas, a efectos de la ya derogada Directiva 2002/21/CE, igualmente extrapolable bajo la nueva Directiva 2018/1972/UE *vid.* STJUE, de 13 de junio de 2019, *Google LLC c. Bundesrepublik Deutschland*, C-193/18 (EU:C:2019:498), apartados 33 y ss.

112. En términos generales los servicios VoIP consisten en «la transmisión de voz, fax y servicios conexos parcial o totalmente a través de redes basadas en IP de conmutación de paquetes, incluidos los servicios VoIP de igual a igual y los servicios VoIP conectados a la

de los cuales se ofrecen «servicios de telefonía o servicios de voz sobre IP». De acuerdo con la Directiva 2018/1972/UE tales servicios estarían incluidos en el concepto de «servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración» (Art. 2.6 y 2.32 y Cdos. 14 y 18)[113], si bien únicamente cuando

---

Red Telefónica Pública Conmutada», [*Cfr.* Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Directorate For Science, Technology and Industry Committee For Information, Computer And Communications Policy, *Working Party on Telecommunications and Information Services Policies, Policy Considerations of VOIP*, 4 (March 21, 2006), p. 4].

113. Para la adecuada delimitación del encuadre de los servicios VoIP debe tenerse en cuenta no solo la definición de «servicios de comunicaciones interpersonales basados en la numeración» prevista en el Art. 2.6 de la Directiva 2018/1972/UE sino también la definición de «servicios de comunicaciones vocales» del Art. 2.32 de la propia Directiva, así como con las explicaciones contenidas en sus Cdos. 14 y 18. Así, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2018/1972/UE los servicios VoIP podían considerarse tanto un servicio de comunicaciones electrónicas (de acuerdo con el Art. 2[c] de la Directiva 2022/21/CE) como un servicio telefónico disponible al público (Art. 2[c] de la Directiva 2022/22/CE) (*vid*. a este respecto Garrie, D. B. y Wong, R., «Regulating Voice over Internet Protocol: An E.U./U.S. Comparative Approach», *American University International Law Review*, Vol. 22, Issue 4, 2007, pp. 558 y ss.). Sin embargo, la Directiva 2018/1972/UE expresamente elimina tal diferenciación, tal y como se explicita en su Cdo. 14, a cuyo tenor «Se deben adaptar las definiciones con el fin de garantizar que cumplen con el principio de neutralidad tecnológica y seguir el ritmo de la evolución tecnológica, en particular nuevas formas de gestionar las redes, tales como mediante redes emuladas o definidas por software. La evolución tecnológica y de los mercados ha hecho que las redes se dirijan a la tecnología del protocolo de internet (IP), y ha posibilitado que los usuarios finales escojan entre una serie de proveedores de servicios vocales competidores. Por consiguiente, el término "servicio telefónico disponible al público", utilizado exclusivamente en la Directiva 2002/22/CE y que mayoritariamente se entiende que hace referencia a los servicios telefónicos analógicos tradicionales, debe sustituirse por el término "servicio de comunicaciones vocales", más frecuente y tecnológicamente neutro. Conviene separar las condiciones de prestación de un servicio de los elementos que definen realmente un servicio de comunicaciones vocales, es decir, un servicio de comunicaciones electrónicas a disposición del público a través de uno o más números de un plan nacional o internacional de numeración telefónica, para efectuar y recibir llamadas nacionales o nacionales e internacionales, directa o indirectamente, ya se base este servicio en una tecnología de conmutación de circuitos o de conmutación de paquetes». Consecuentemente, a efectos de la referida Directiva 2018/1972/UE el hecho que un servicio de telefonía se base en la tecnología de conmutación de circuitos o de paquetes (VoIP) resulta irrelevante en tanto en cuanto ambos posibiliten la interacción con las Redes de Telefonía Pública Conmutadas (conmutación de circuitos). Así se infiere, por lo demás, de la definición de «servicio de comunicaciones vocales» prevista en el Art. 2(32) de dicha Directiva como «Un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público a través de uno o más números de un plan nacional o internacional de numeración telefónica, para efectuar y recibir, directa o indirectamente, llamadas nacionales o nacionales e internacionales».

posibiliten que sus usuarios entren en contacto a través de la red telefónica pública conmutada con personas que tienen asignados *números de los planes de numeración nacional o internacional*, con la consiguiente exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE *ex* Art. 3.5(b), aplicable tan solo a los denominados servicios *peer-to peer*[114]. Así se aprecia, por lo demás, en el caso del Derecho español a raíz de la sanción impuesta por la CNMC a *Microsoft Ireland Operations Limited* por el servicio prestado por *SkypeOut (Skype a teléfono)*, que cataloga a efectos de su inscripción en el Registro de Operadores de Comunicaciones Electrónicas como *servicio telefónico sobre redes de datos con interoperabilidad con el servicio telefónico disponible al público*[115], sobre la base del planteamiento adoptado en la STJUE de 5 de junio de 2019 acerca de ese mismo servicio prestado por *Skype*[116].

A mayor abundamiento, explícitamente incluye dentro del concepto de servicios de comunicaciones interpersonales basados en la numeración no solo *los servicios en los que los números de los usuarios finales se asignan para garantizar la conectividad extremo a extremo*, sino también *los servicios que posibilitan que los usuarios finales entren en contacto con las personas a las que se han asignados esos números*.

114. Nótese que no todos los servicios VoIP ofertados tienen por qué permitir la entrada en contacto con la Red Telefónica Pública Conmutada o con los números de los planes de numeración nacional o internacional (virtuales o tradicionales). Así se desprende por lo demás de la clasificación efectuada en su momento por el Body of Europeam *European Regulators for Electronic Communications* en su *Common Position on VoIP* de 2007 [ERG (07) 56rev2, p. 4, disponible online en *https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/documents/erg_07_56rev2_cp_voip_final.pdf*], en la que se contenía una subdivisión de los VoIP en cuatro grandes grupos, de los cuales tres implicaban el contacto con la Red Teléfónica Pública Conmutada (RTPC o PSTN por sus siglas en inglés) y/o la asignación de un número E.164 del plan de numeración telefónica internacional que garantiza que cada dispositivo de la RTPC tenga un número único a nivel mundial. Como se destacaba en dicha posición común del ERG y asumía la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su contestación de 8 de marzo de 2007 (DT 2006/1222, pp. 5 y ss.), el único servicio VoIP que no implica contacto alguno con la RPTC o la asignación de un número E.164 es el denominado servicio tipo *peer-to-peer*, basado simplemente en un software de VoIP que utiliza los dispositivos de los usuarios como nodos de la conexión y que no incluyen entre sus funcionalidades la realización de llamadas (ni entrantes ni salientes) a la RTPC, esto es, carecen de interoperatividad con el servicio telefónico disponible al público y son una mera aplicación más de Internet.

115. *Vid.* Resolución CNMC de 22 de abril de 2021 (SNC/DTSA/045/20).

116. STJUE de 5 de junio de 2019, *Skype Communications Sàrl c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, C-142-18 (EU:C:2019:460), apartados 30 y ss., en la que se analizaban las implicaciones del servicio *SkypeOut*, que permite la realización de llamadas a números nacionales (aunque no recibirlas, habida cuenta de que no tiene asignada numeración E.164) y su conceptualización como servicios de comunicaciones electrónicas que permiten llamar a números fijos/móviles a través de las redes públicas de telecomunicaciones de los Estados miembros.

A semejanza de cuanto acontece con las comunicaciones electrónicas, la exclusión de los *servicios de asistencia sanitaria* debe ser interpretada a la luz de la remisión efectuada en el Art. 3.5(c) de la Directiva 2019/770/UE al concepto previsto en el Art. 3(a) de la Directiva 2011/24/UE[117] y de «producto sanitario» de las Directivas 93/42/CEE, 90/385/CEE y 98/79/CEE[118]. De acuerdo con tales conceptos de «asistencia sanitaria» y «producto sanitario» lo determinante a la hora de evaluar si un determinado contenido/servicio digital relacionado con la salud queda excluido del ámbito de aplicación de las reglas de la Directiva 2019/770/UE radica (Cdo 29) en la imposibilidad de su obtención por el consumidor *sin que sea prescrito o suministrado por un profesional de la salud*[119], como expresamente se confirma, asimismo, en el Art. 114.2(e) TRLGDCU[120]. Consecuentemente, las disposiciones de la Directiva y su correlativa transposición en el TRLGDCU únicamente resultarán aplicables al *contenido digital o servicio digital que constituya un producto sanitario,*

---

117. De acuerdo con el referido Art. 3(a) de la Directiva 2011/24/UE, el concepto de asistencia sanitaria se restringe a «los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios».

118. El Art. 1.2(a) de la Directiva 98/79/CEE define como «producto sanitario» «cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, incluidos los programas informáticos necesarios para su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado para seres humanos, solo o en asociación con otros, con fines de: diagnóstico, prevención, seguimiento, tratamiento o alivio de una enfermedad; diagnóstico, seguimiento, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o discapacidad; investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios». Como puede apreciarse, el concepto de producto sanitario no se vincula en dicha Directiva 98/79/CEE a la necesidad de prescripción/suministro por un profesional sanitario, a diferencia de cuanto acontece en la exclusión prevista en la Directiva 2019/770/UE, supeditada a que el producto sanitario resulte prescrito por un profesional sanitario. Por lo demás, destacar que dicha definición resulta coincidente con la prevista en el Real Decreto 1581/2009 por el que se regulan los productos sanitarios [*Cfr.* Art. 2.1(2)].

119. *Cfr.* Staundenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., p. 82; y Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 266.

120. A tenor de dicho Art. 114.2.(e) TRLGDCU las disposiciones del Título IV del Libro Segundo del TRLGDCU no resultan de aplicación a: «Los contenidos o servicios digitales relacionados con la salud prescritos o suministrados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios».

como las aplicaciones sanitarias, que el consumidor pueda obtener sin que sea prescrito o suministrado por un profesional de la salud, tal y como destaca el Cdo. 29.

A mi parecer el tenor literal de dicho Cdo. 29 DCSD resulta un tanto equívoco, visto que el concepto legal de productos sanitarios a los que los consumidores tienen acceso sin necesidad de prescripción médica alguna comprende, en muchos casos, instrumentos/dispositivos/equipos con elementos digitales –*bienes con elementos digitales* de acuerdo con las definiciones de las Directivas de compraventa y suministro– que, como se verá, están en principio excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE *ex* Art. 3.4[121]. Exclusión de los bienes con elementos digitales –incluidos los productos sanitarios que encajen en tal concepto-del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE que opera independientemente de si el consumidor necesita o no de prescripción médica o facultativa para su adquisición[122], de ahí que el Cdo. 29 utilice el ejemplo de las *aplicaciones sanitarias*, único supuesto en el que las reglas de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales resultan *a priori* de aplicación, planteamiento que resulta igualmente extrapolable a la exclusión prevista en el Art. 114.2(e) TRLGDCU. A tales efectos, resulta necesario diferenciar los denominados servicios de telemedicina –claramente excluidos en tanto que servicios de «asistencia sanitaria» prestados por facultativos, si bien de forma remota[123]– de las aplicaciones relacionadas con la salud (*HealthApps*)

121. *Vid. infra* Apartado III.4.

122. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los tensiómetros que a su vez cuentan con conexión a aplicaciones móviles encaminadas al seguimiento del usuario, en tanto que claro supuesto de bien con elementos digitales relacionado con la monitorización de la salud de los consumidores y cuya adquisición no se encuentra sometida a prescripción médica alguna. La adquisición de dicho tensiómetro por el consumidor está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/7707UE (Art. 3.4) y sometida a las reglas previstas en la Directiva de compraventa 2019/771/UE (Art. 3.3). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la innecesariedad de prescripción médica para la adquisición de un producto sanitario subsumible en la definición legal prevista en la normativa sectorial sanitaria no empece para nada el sometimiento de tales productos a toda una serie de requisitos específicos en materia de comercialización/evaluación de su conformidad, previstos en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios (*vid.*, por ejemplo, Arts. 22 y ss. relativos la comercialización y puesta en servicio), así como en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

123. *Cfr.* Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 267.

que los consumidores pueden descargarse de las correspondientes *appstores* (de forma gratuita o a cambio de un precio), cual acontece con todas aquellas relativas a la medición de la actividad física de los usuarios, medición y análisis del sueño, ingesta de calorías y recomendaciones dietéticas, etc., en tanto que servicios digitales no cubiertos por la legislación sectorial sanitaria referida[124].

La referida inadecuación de la definición de «servicio digital» prevista en los Arts. 2.2 DCSD y 59 *bis* TRLGDCU explica igualmente la exclusión de los servicios financieros –tal y como éstos se definen en el Art. 2.b de la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores[125], oportunamente transpuesta por la Ley 22/2007[126]– del ámbito de aplicación de la Directiva [Arts. 3.5(e) DCSD], aunque no, lógicamente del Texto Refundido en su totalidad, sino únicamente de sus disposiciones generales sobre garantía [Art. 114.2(g) TRLGDCU] y sobre contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento comercial (Art. 93.d TRLGDCU). Máxime, habida cuenta de que –como expresamente destaca el Cdo. 30 DCSD– «…los contenidos o servicios digitales relacionados con los servicios financieros o que den acceso a ellos (…) quedan amparados por el Derecho de la Unión en materia de servicios financieros», dada su comprensión dentro de la propia definición de servicios financieros, por lo que en materia de su contratación deben tenerse en cuenta las disposiciones especificas de la referida Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores[127].

---

124. *Cfr.*, entre otros, Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 82.

125. De acuerdo con dicho Art. 2.b de la Directiva 2002/65/CE se entiende por servicio financiero «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago», por lo que resulta evidente que no se trata de servicios que ex Art. 3.2 DCSD posibiliten al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, compartir datos cargados o creados por el consumidor u otros usuarios o interactuar con dichos datos. Precisamente por tal razón la Directiva 2019/770/UE excluye también las representaciones digitales de valor del concepto de contenidos/servicios digitales, en tanto que constituyen un medio de pago en sí mismo (Cdo. 23).
entra en abierta contradicción con la referida definición de «servicios digitales» del Art. 2.3 DCSD, pues la finalidad de tales servicios

126. *Cfr.* Art. 4.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

127. A este respecto *vid.*, por ejemplo, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Mª S., «Artículo 93», en Cañizares Laso, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 1420 y ss.

Más problemática se antoja, sin embargo, la exclusión de los servicios de juego «…que impliquen apuestas de valor pecuniario en juegos de azar, incluidos aquellos con un elemento de destreza, como las loterías, los juegos de casino, los juegos de póquer y las apuestas, por medios electrónicos o cualquier otra tecnología destinada a facilitar la comunicación y a petición individual del receptor de dichos servicios» [Art. 3.5(d)DCSD], en la medida en que los juegos digitales sí que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (Cdo. 19). Por lo tanto, la razón subyacente a la exclusión prevista en dicho Art. 3.5(d) DCSD se articula en torno al hecho de que el juego en cuestión *implique apuestas de valor pecuniario*, no *stricto sensu* en base a la imposibilidad de subsunción en abstracto de tales juegos en la definición de «servicio digital» del Art. 2.2 DCSD. Tales apuestas *online* cuentan con su correspondiente normativa sectorial aplicable encaminada a la protección de los jugadores –en particular por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego y el Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo, por el que se desarrollan entornos más seguros de juego– que determina su exclusión de las reglas sobre los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento previstas en el TRLGDCU[128] (Art. 93.c).

3. SOPORTE UTILIZADO PARA LA TRANSMISIÓN O ACCESO A LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: INCIDENCIA EN EL OBJETO, NATURALEZA JURÍDICA Y REGLAS APLICABLES AL CONTRATO CELEBRADO

Un aspecto importante relativo al ámbito material de aplicación de la Directiva 2019/770/UE tiene que ver con el soporte/medio –tangible o no– empleado para el suministro de los contenidos y servicios digitales, ya que dicho soporte a través del cual se transmite o accede al contenido o servicio resulta relevante para determinar las concretas reglas aplicables al contrato celebrado (total o parcialmente).

No en balde, las disposiciones de la Directiva 2019/770/UE no operan de manera aislada, sino que deben coordinarse con las reglas previstas tanto en la Directiva sobre derechos de los consumidores 2011/83/UE como en la Directiva de compraventa 2019/771/UE (así como en las correlativas disposiciones del TRLGDCU que las transponen al Derecho español), cuyo ámbito de aplicación difiere en función del objeto de contratación y de la naturaleza del contrato celebrado (compraventa, alquiler, servicios, suministro…).

128. *Vid.* DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.ª S., ob. cit., pp. 1426-1427.

La importancia del soporte a través del cual el consumidor accede al suministro de los contenidos y servicios digitales en la naturaleza y régimen jurídico aplicable al contrato celebrado se remonta a las reglas introducidas en su momento por la Directiva 2011/83/UE, primera norma comunitaria –excepción hecha de la propuesta fallida de la Propuesta de compraventa común europea[129]– en la que se introdujo el concepto de contenidos digitales[130], ya que de acuerdo con el Cdo. 19 de dicha Directiva debían diferenciarse dos situaciones: 1) Cuando los contenidos se suministraban en un soporte material (CD, DVD o similar), en cuyo caso tales contenidos debían considerarse un bien a efectos de la Directiva y, *a priori*, la naturaleza del contrato celebrado se asimilaba –siquiera «indirectamente» y en gran medida– a la de la compraventa[131]; 2) Sin embargo, si los contenidos no se suministraban en un soporte material, el contrato celebrado no debía considerarse un contrato de compraventa ni un contrato de servicios.

La fórmula adoptada en el Cdo. 19 de la Directiva 2011/83/UE implicaba una clara mezcolanza de distintos aspectos estrechamente interrelacionados entre sí, pero al mismo tiempo autónomos (con la consiguiente confusión que ello entraña). Mezcolanza ésta cuya razón de ser obedecía al hecho de que la clasificación del objeto contractual como «bien» o como «servicio»

---

129. *Cfr.* Art. 2(j) de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011) 635 final]. Para un comentario del concepto de contenidos digitales previsto en la CESL *vid.* Wendehorst, C., «Proposal for a Regulation…», cit., p. 44.

130. El Art. 2.11 de la Directiva 2011/83/UE definía tales contenidos digitales como «…los datos que se producen y suministran en forma digital», esto es, de forma coincidente con la definición actualmente prevista en el Art. 2.1 de la Directiva 2019/770/UE. No obstante, tras la modificación operada por la Directiva sobre modernización de los derechos de los consumidores 2019/2161/UE (Art. 4) el Art. 2.11 la Directiva 2011/83/UE se limita sencillamente a remitir la definición del concepto de contenidos digitales y de servicios digitales a las definiciones previstas en la Directiva 2019/770/UE (Art. 2, apartados 1 y 2).

131. En puridad, la literalidad de la Directiva 2011/83/UE no avalaba una asimilación directa y completa entre el suministro de contenidos digitales a través de medios tangibles y el contrato de compraventa, habida cuenta de que el legislador comunitario se limitaba en el referido Cdo. 19 de la Directiva a «clasificar» el contrato en cuestión en función de su objeto contractual (optando por calificarlo como «bien»), lo que no implica una equivalencia directa con un contrato de compraventa, ya que el suministro del contenido digital en un soporte tangible puede realizarse a través de otros tipos contractuales, a saber: alquiler de una película o videojuego Blu-ray/DVD, intercambio, etc. *Cfr.* Cámara Lapuente, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 11, 2014, p. 95.

ha sido tradicionalmente relevante a la hora de evaluar las consecuencias del contrato celebrado en virtud del *acquis* comunitario de consumo[132], estimándose crucial –erróneamente a mi parecer– incardinar o reconducir los contenidos digitales y servicios digitales en tales categorías, a efectos de determinar la naturaleza jurídica y régimen aplicable a los contratos relativos a dichos contenidos/servicios[133].

Es en atención a dicho planteamiento que la Directiva 2011/83/UE expresamente calificaba en el referido Cdo. 19 los contenidos digitales facilitados en soporte material como bienes y eludía calificar el suministro de contenidos digitales en soporte no tangible como un contrato de servicios o de compraventa, sino como una especie de *tertium genus* autónomo, que no encajaba con el concepto de contrato de suministro *stricto sensu*, al menos tal y como dicho contrato se ha entendido históricamente en muchos ordenamientos jurídicos nacionales europeos[134].

Asumido lo anterior, la Directiva 2011/83/UE sencillamente se limitaba a dotar de un régimen jurídico *ad hoc* a los contratos de «suministro» de contenidos digitales (al margen de las categorías contractuales tradicionales), modulando y adaptando a dichos contratos los derechos reconocidos con carácter general en la Directiva a los consumidores[135]. Así se apreciaba en el caso particular de los contenidos no suministrados en un soporte material, por ejemplo, en los Arts. 5.2 (requisitos de información aplicables a los contratos distintos de los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento), 6.2 (requisitos de información para los contratos a distan-

---

132. Nótese que se trata de un rasgo distintivo de la antigua Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, aplicable únicamente a los bienes corporales y no a los servicios, planteamiento que permanece inalterado en la nueva Directiva de compraventa 2019/771/UE, si bien con la particularidad –a los efectos que aquí interesan– de los bienes con elementos digitales (Art. 3.3 Directiva 2019/771/UE).

133. *Cfr.* Loos, M. *et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam, 2011, p. 30.

134. *Cfr.* Castillo Parrilla, J. A., «A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados de suministro de contenidos digitales. A propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015)», en De Sales Capilla-Roncero *et al.* (Dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018, apartado II (versión *Proview*).

135. *Cfr.* Cámara Lapuente, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 11, 2014, p. 94.

cia y los contratos celebrados fuera del establecimiento), 9.2(c) (*dies a quo* aplicable al ejercicio del derecho de desistimiento), 14.4(b) (requisitos que deben concurrir para que el ejercicio del derecho de desistimiento no suponga la asunción de coste alguno por el consumidor) y 16(m) (requisitos de información para los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento).

Sin embargo, en primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que el «contenido digital» se suministre a través de un soporte material no implica en absoluto que el objeto del contrato sea un «bien», lo que resulta coherente con la conceptualización en la propia Directiva 2011/83/UE de los «contenidos digitales» como un objeto contractual autónomo y diferenciado, como por lo demás se reconocía explícitamente en el propio Cdo. 19 *ab initio*, al precisar que

> «Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios».

En este sentido, la asimilación en la Directiva 2011/83/UE de los contenidos digitales suministrados en un soporte material a un bien denotaba una clara confusión por parte del legislador europeo del objeto del contrato (contenido digital) con el medio a través del cual dicho objeto se provee al consumidor (en un soporte material o inmaterial)[136]. Confusión ésta que, a mi juicio, resultaba especialmente llamativa, habida cuenta de que la definición de contenido digital prevista en la Directiva 2011/83/UE coincidía con la incluida en su momento en la Propuesta de compraventa europea y en la que los contenidos digitales y los bienes como objeto del contrato se diferenciaban nítidamente[137]. En este punto, la diferencia entre ambas normas radicaba en que la Propuesta certeramente asumía que lo que caracteriza a los contenidos digitales es su carácter «inmaterial» y no el soporte empleado para su suministro[138], planteamiento de la Propuesta que resultaba innovador,

136. *Cfr.* Castillo Parrilla, J. A., «El concepto de contenidos digitales en la Directiva 2011/83/UE y la Ley 3/2014. Visión crítica y propuesta alternativa», en Ortí Vallejo, A. *et al.* (Coords.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 356-357.

137. *Cfr.* Arts. 2.j y 5.b de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final].

138. *Cfr.* Wendehorst, C., «Proposal for a Regulation…», cit., pp. 42 y 44.

habida cuenta que el contrato de compraventa ha contado históricamente con un conjunto coherente de normas aplicables en los respectivos Estados miembros, eminentemente diseñado para los bienes materiales o tangibles, lo que resulta problemático en el caso de los contenidos digitales[139].

En segundo lugar, debe igualmente repararse en que el tipo de soporte a través del cual se suministra el contenido digital no prejuzga en modo alguno la naturaleza jurídica del contrato concluido. A mi juicio, la denominación en las normas comunitarias del negocio celebrado como «contrato de suministro» de contenidos digitales resulta en buena medida vacía de contenido, visto que tal suministro puede consistir en una compraventa o –por ejemplo– en un alquiler, con independencia de que el «suministro» en cuestión tenga lugar a través de un medio material o inmaterial, como nítidamente puede apreciarse en la práctica cotidiana.

Es posible tanto comprar una película que se nos suministra en formato *online* (descargándola de una web/plataforma) como adquirir esa misma película en CD, DVD, Blu-Ray o a través de otro tipo de soporte material. En ambos casos el objeto (un contenido digital) y la naturaleza jurídica del contrato (compraventa) resultan coincidentes. La película se caracteriza –al menos hoy en día– por su naturaleza inmaterial[140] y el tipo de contrato celebrado por la posibilidad del consumidor de almacenar, tratar, reutilizar o tener acceso (en principio sin límite temporal) al contenido digital en cuestión[141]. Otro tanto acontece, por ejemplo, con la reventa de programas de ordenador descargados en línea –programas de ordenador a los que el propio Cdo. 19 de la Directiva 2011/83/UE se refería– que el Tribunal de Justicia expresamente cataloga como contrato de compraventa a efectos del cumplimiento con la normativa sectorial de propiedad intelectual, en particular en lo que respecta a la aplicación de la teoría sobre el agotamiento del derecho de distribución de la copia del programa realizada por el primer

139. *Cfr.* Loos, M. *et al.*, ob. cit., pp. 28 y ss. (available online at: https://dare.uva.nl/search?metis.record.id=345662). It's important to highlight that this report included an analysis of comparative Law of the legal framework applicable to contracts for the supply of digital content that was the basis for the consideration of the legal treatment of said question at its moment in Directive 2011/83/UE.

140. Lo determinante no es la compra del soporte material que «contiene» la película, sino de la película propiamente dicha, película que en tanto que conformada por datos producidos y suministrados en forma digital tiene una naturaleza «inmaterial».

141. *Cfr.* Art. 5.b de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011) 635 final]. *Vid.* WENDEHORST, C., «Proposal for a Regulation…», cit., pp. 44 y 45.

adquirente[142] (aspecto que, dicho sea de paso, la nueva Directiva 2019/770/UE expresamente excluye de su ámbito de aplicación aunque, sorprendentemente, tan sólo cuando se refiere a los contenidos suministrados en soporte tangible[143]).

Al mismo tiempo una película puede también ser alquilada para su visualización por el consumidor durante un determinado plazo de tiempo,

142. *Vid.* STJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp*., C-128/11, EU:C:2012:407. El asunto en cuestión se refería a la reventa en línea por *UsedSoft* de licencias sobrantes de grupos mínimos concedidas previamente por *Oracle*. A raíz de la demanda de *Oracle* contra *UsedSoft*, el *Landgereicht* de Múnich ordenó a *UsedSoft* que cesara en sus prácticas de comercialización de tales licencias excedentes. En apelación, el *Bundesgerichtshof* decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, cuestionando la posibilidad de que tales licencias con descarga en línea pudieran equipararse a las ventas tradicionales de copias físicas de programas de ordenador en orden a la aplicación de la teoría sobre el agotamiento del derecho de distribución de la copia del software realizada por el primer comprador, posibilitando así su posterior reventa sin autorización alguna. También preguntó si, en caso afirmativo, los compradores sucesivos podrían ser considerados «compradores legítimos» a efectos de la aplicación de los beneficios atribuidos a dichas personas por la Directiva 2009/24 sobre programas de ordenador. Acerca de dicha cuestión de acuerdo con el planteamiento adoptado por el TJUE *vid.*, entre otros, Minero Alejandre, G., «Reventa de software de segunda mano. Estado de la cuestión en la Unión Europea tras las Sentencia *UsedSoft* c. *Oracle International*», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 26, 2012, pp. 165 y ss.; Cámara Lapuente, S., «La nueva protección del consumidor…», cit., pp. 95y 98 y ss.; Castillo Parrilla, J. A., «A vueltas con el agotamiento…», cit., Apartado III (versión *proview*); Aparicio Vaquero, J. P., «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, N.º 3, 2016, pp. 16 y ss.; o Beale, H., «Conclusion and Performance of Contracts: An Overview», en Schulze, R. *et al.* (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 37.

143. *Vid.* Cdo. 20 *in fine* Directiva 2019/770/UE. A dicha exclusión del agotamiento del derecho de distribución y de todas las cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE, se refiere Spindler, G., destacando cómo la aplicación incoherente de esta doctrina en los contextos en línea y fuera de línea, dará lugar a nuevos procedimientos judiciales («Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, 2016, p. 10). Sin perjuicio del análisis en detalle de dichas cuestiones el Capítulo de la presente obra a cargo del Profesor Sánchez Aristi, para un análisis detallado de la interrelación entre el contrato de suministro de contenidos digitales y la normativa sectorial de propiedad intelectual, en particular en lo que se refiere a los EULAs (*End User License Agreements*), *vid.* Spindler, G., «Contract Law and Copyright – Regulatory Challenges and Gaps», en Schulze, R. *et al.* (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 211 y ss.

bien a través de una plataforma de *streaming* sin necesidad de su descarga o almacenamiento en un equipo físico (*Rakuten*) o bien –aunque cada día escaseen más– en un establecimiento en el que dicha película se nos suministra en un soporte material (CD, DVD, etc.), con la misma finalidad en ambos casos: su visualización en un plazo concreto tras el cual no resulta accesible/debe devolverse al establecimiento, en cuyo caso no estamos en presencia de una compraventa sino de un «alquiler».

Consecuentemente, en mi opinión, la referida exclusión de la catalogación en el Cdo. 19 de la Directiva 2011/83/UE como contratos de compraventa o como contratos de servicios de los contenidos digitales no suministrados en un soporte material resultaba, no solo desacertada y contradicha en la práctica, sino del todo innecesaria en una norma de tipo horizontal como dicha Directiva, caracterizada por la armonización de determinados derechos de los consumidores con independencia de la naturaleza del contrato celebrado en cuestión (requisitos de información, derecho de desistimiento, etc.), aunque modulando, lógicamente, el alcance y ejercicio de tales derechos en atención a su naturaleza jurídica (compraventa, alquiler, servicios, suministro…), la modalidad de celebración (contratos a distancia, celebrados fuera de establecimiento comercial, etc.) y su objeto (bienes, servicios, contenidos/servicios digitales…).

Cierto es que el razonamiento descrito se antoja más problemático en el caso de los servicios digitales, no definidos ni diferenciados en su momento en la Directiva 2011/83/UE. Retomando el ejemplo anterior, el acceso/visualización de una película (u otro tipo de contenidos digitales) puede tener lugar a través de la suscripción a servicios de *streaming* (*Netflix*, *HBO*, *Amazon Prime, etc.)*. En tal caso no estamos en presencia de un contrato de compraventa ni de alquiler propiamente dichos, pues el objeto del contrato no se circunscribe a la visualización una determinada película/serie (contenido digital), sino que lo que se brinda es acceso al consumidor al catálogo de contenidos de la plataforma[144]. Además, el consumidor no puede almacenar, tratar, reutilizar o tener acceso ilimitadamente en el tiempo a dichos «datos» o «contenidos» alojados en la plataforma (compraventa), ni la visualización se restringe a un determinado plazo de tiempo (alquiler), sino que depende del mantenimiento de la suscripción del servicio de *streaming*. El objeto del contrato celebrado no se trata aquí de un contenido digital sino de un

144. En definitiva, la posibilidad de acceder a datos, tal y como el Art. 2.2 de la Directiva 2019/770/UE y las normas nacionales de transposición precisan al definir el concepto de «servicios digitales». *Vid. supra* el Capítulo de MORA GARCÍA (Apartado III).

servicio digital –en el sentido del Art. 2.2(a) de la Directiva 2019/770/UE y su correlativa transposición al ordenamiento español[145], en los términos previamente analizados[146]– cuya ejecución se prolonga en el tiempo (tracto sucesivo). Es precisamente en tales casos en los que la denominación «contrato de suministro de contenidos y servicios digitales» cobra todo su sentido en tanto que categoría «autónoma» o *sui generis*, diferenciada no solo de las modalidades contractuales tradicionales (compraventa, alquiler, servicios…) y el objeto de tales contratos (bienes y servicios) [147], sino también del contrato de suministro propiamente dicho, tal y como éste se entiende en los respectivos ordenamientos nacionales en ámbitos ajenos a la contratación digital (cual acontece en nuestro país[148]).

---

145. *Cfr.* Arts. 59 *bis* apartado 1(o) TRLGDCU y 621-3.2(b) CCCat.

146. En relación a la definición del concepto de servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE y en el TRLGDCU, así como sus diferentes modalidades *vid. supra* el Capítulo de MORA GARCÍA, Apartado III.

147. A propósito de las dificultades de incardinación del suministro de contenidos y servicios digitales en las modalidades contractuales típicas, *vid.*, por ejemplo y entre otros, SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 43-44; o MARTÍNEZ CALVO, J., «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 107-108.

148. Nótese que en el Derecho español, la ausencia de regulación tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio acerca del contrato de suministro (a diferencia de cuanto acontece, por ejemplo, en el *Codice Civile* italiano: *vid.* Arts. 1559-1570) hace que el suministro mercantil se caracteriza como un contrato atípico diferenciado de la compraventa, cuya regulación se reconduce al principio de autonomía de la voluntad de las partes y, en su defecto, a las normas de la compraventa mercantil de los Arts. 325 y ss. CCom y a las normas generales de obligaciones y contratos previstas en el Código Civil (Arts. 1.088 y ss.). Planteamiento éste que se aprecia con toda nitidez, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil) de 7 de febrero de 2002, a cuyo tenor el contrato de suministro: «… (…) no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (Art. 1255 CC) y, en su defecto, por la normativa de la compraventa (Arts. 1445 y ss. CC y, en su caso, si es mercantil, 325 y ss. CCom) y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos. En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero se refieren en todo caso a una cosa unitaria y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables… lo verdaderamente esencial es que el contrato que liga a las partes… es un contrato de suministro, contrato único que da lugar a prestaciones periódicas y a éste como se ha dicho anteriormente, sí se le aplican los Arts. 336 y 342 CCom ya que son normas de la compraventa mercantil que deben aplicarse a un contrato como el de suministro, variante de la compraventa o

Con todo, la diferenciación servicios *vs* contenidos digitales –en tanto que objeto del negocio jurídico concertado– no resulta sencilla en algunos casos, vista la naturaleza «compleja» de algunos de los contratos que pueden celebrarse en el ámbito tecnológico, máxime si –como hacía la Directiva 2011/83/UE– se pretende extrapolar tal diferenciación a la tradicional contraposición entre «bienes» y «servicios»[149]. Asimismo, otro aspecto que contribuye a las dificultades de diferenciación entre dichos contenidos y servicios y que, por ende, incide no solo en la caracterización del contrato celebrado (compraventa, alquiler, servicios, suministro…) sino también en las reglas a éste aplicables en materia de conformidad o de ejercicio del derecho de desistimiento en función del tipo de soporte empleado (material o no) radica en el hecho de que ambos pueden implicar un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo (determinado o indefinido, sin que por continuo deba entenderse a largo plazo), como expresamente se destaca tanto en la Directiva 2019/770/UE (Cdo. 57)[150],

---

afín a la misma, pues de lo contrario quedaría huérfano de regulación algo tan esencial para el tráfico mercantil y la seguridad jurídica, como es el plazo de reclamación por vicios en la cosa entregada en virtud del contrato de compraventa o de suministro». Por el contrario, en el ámbito administrativo la caracterización legal del contrato de suministro se encuentra positivamente acotada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Art. 16).

149. Piénsese, por ejemplo, con la compra de un juego de ordenador que lleva asociada una suscripción mensual para jugar en línea. En ese caso, la transacción celebrada comprende tres elementos que son necesarios para poder jugar al juego en los servidores oficiales: el software de instalación para instalar el juego en el equipo del consumidor, la cuenta de jugador y la suscripción en línea. El software de instalación podría calificarse de «bien digital» (contenido digital), mientras que la suscripción de «servicio» (servicio digital). Además, debe tenerse en cuenta que la cuenta de jugador y su contenido se almacenan a distancia y no pueden descargarse en un dispositivo físico perteneciente al consumidor. Por otra parte, la cuenta puede ser pasiva, no venir acompañada de una suscripción activa, lo que significa que el objeto de la transacción no es *per se* el paso de la suscripción (*Cfr.* Loos, M. *et al.*, *Analysis*…, cit., p. 30). *Vid.*, asimismo, a este respecto Cámara Lapuente, S., «La nueva protección del consumidor…», cit., pp. 95-96.

150. Así, de acuerdo con el Cdo. 57 de la Directiva 2019/770/UE: «Los contenidos o servicios digitales también pueden suministrarse a los consumidores de forma continua a lo largo de un período de tiempo. El suministro continuo puede incluir aquellos casos en los que el empresario pone un servicio a disposición de los consumidores durante un período determinado o un período indefinido, como un contrato de almacenamiento en nube de dos años o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido. El elemento distintivo de esta categoría es el hecho de que los contenidos o servicios digitales están disponibles o son accesibles para los consumidores únicamente durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido. Por lo tanto, está justificado que, en tales casos, el empresario solo

como en la Directiva 2019/2161/UE (Cdo. 30) por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE[151].

El enfoque adoptado en la nueva Directiva de suministro de contenidos y servicios digitales implica una mejora sustancial respecto al previamente adoptado en la Directiva 2011/83/UE, en tanto que la Directiva 2019/770/UE claramente asume la referida diferenciación entre el objeto del contrato, el medio a través del cual éste se facilita al consumidor y la naturaleza jurídica del contrato celebrado, eliminando pues la confusión y mezcolanza descritas de las que adolecía la Directiva 2011/83/UE en este punto.

En este sentido, en primer lugar, no cabe duda de que el objeto de los contratos comprendidos dentro del ámbito material de aplicación de la Directiva 2019/770/UE son los contenidos y servicios digitales (datos digitales), independientemente del medio a través del cual tales éstos se suministren al consumidor, como expresamente clarifica su Cdo. 19 ejemplificando algunas de las posibles modalidades existentes a tales efectos (como *la transmisión en*

---

tenga que ser responsable de la falta de conformidad que aparezca durante ese período de tiempo. El suministro continuo no debe implicar necesariamente un suministro a largo plazo. Casos como la retransmisión en línea de un videoclip deben considerarse un suministro continuo durante un período de tiempo, independientemente de la duración real que tenga el archivo audiovisual. Casos en los que determinados elementos de los contenidos o servicios digitales estén disponibles periódicamente o en varias ocasiones durante el período determinado del contrato o durante el tiempo en que el contrato indefinido esté en vigor, también deben considerarse un suministro continuo durante un período de tiempo, por ejemplo, cuando el contrato estipule que una copia de un programa (software) antivirus se puede utilizar durante un año y se actualizará automáticamente el primer día de cada mes de dicho período, o que el empresario facilitará actualizaciones cada vez que nuevas características de un juego digital se hagan accesibles, y los contenidos o servicios digitales solo estarán disponibles o accesibles para los consumidores durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido». *Vid.*, asimismo, respecto a las reglas aplicables en materia de conformidad a los contratos de suministro continuo las precisiones efectuadas en los Cdos. 59 y 60, así como en los Arts. 8 (apartados 2 y 4) y 11.3 DCSD.

151. En este sentido, el Cdo. 30 de la Directiva 2019/2161/UE destaca cómo: «El contenido digital contemplado por la Directiva (UE) 2019/770 incluye un único acto de suministro, una serie de actos puntuales de suministro o un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo. El suministro continuo no debe implicar necesariamente un suministro a largo plazo. Casos como la retransmisión en línea de un videoclip deben considerarse un suministro continuo durante un período de tiempo, independientemente de la duración real que tenga el archivo audiovisual. Por tanto, puede resultar difícil distinguir entre determinados tipos de contenido digital y servicios digitales, puesto que ambos pueden implicar el suministro continuo del comerciante a lo largo de la vigencia del contrato (…)».

un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales).

En segundo lugar, de la Directiva 2019/770/UE se infiere la imposibilidad de equiparación de los contenidos digitales suministrados en soporte material a los bienes, como evidencia la inclusión dentro de su ámbito de aplicación del soporte material que *sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales* (Cdo. 20 y Art. 3.3)[152], solución que se aprecia, asimismo, en el Art. 114.1 *in fine* TRLGDCU, con ocasión de determinar el ámbito material de aplicación de las reglas en materia de garantía y servicios postventa. Consecuentemente, no cabe duda alguna de que el objeto del contrato celebrado es en todo caso un contenido/servicio digital y no un bien, sin que el hecho de que el medio a través del cual se suministra dicho contenido/servicio sea un soporte material implique mutación jurídica de tal objeto (desapareciendo con ello la previa asimilación efectuada –siquiera indirectamente– en la Directiva 2011/83/UE entre el contenido digital suministrado en soporte material y los bienes). Esta expresa inclusión dentro su ámbito de aplicación del soporte material que opera exclusivamente como portador de los contenidos digitales suministrados despeja cualquier duda en torno a la potencial aplicabilidad de la nueva Directiva de compraventa 2019/771/UE[153]. Buena prueba de ello es que la propia Directiva 2019/771/UE ratifica tal exclusión de su ámbito de aplicación de los soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales (Cdo. 13 y Art. 3.4.a)[154]. Adicionalmente, para contribuir a deslindar adecuadamente aquellos casos en los que el soporte material no sirve exclusivamente como portador de los contenidos/servicios digitales, sino que lo que prima es la

152. *Cfr.* Sénéchal, J., «Article 2…», cit., p. 47.

153. *Vid.* Spindler, G., «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3/2016, pp. 9-10.

154. De acuerdo con el Art. 3.4.a) Directiva de compraventa 2019/771/UE: «La presente Directiva no se aplicará a: a) cualesquiera soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales». Por su parte, el Cdo. 13 de la Directiva precisa cómo ésta «…se aplica al suministro de contenidos o servicios digitales, incluidos los contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales. Por el contrario, la presente Directiva debe aplicarse a los contratos de compraventa de bienes, entre ellos, los bienes con elementos digitales que requieren un contenido o servicio digital para cumplir sus funciones».

conceptualización del objeto del contrato celebrado como un bien, se crea una categoría nueva: los bienes con elementos digitales (Art. 2.3 DCSD), que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE (Cdo. 21 y Art. 3.4 DCSD) sino de la Directiva de compraventa 2019/771/UE (Art. 3.3 DCV)[155].

En tercer lugar y último lugar, la referida autonomía conceptual en la Directiva 2019/770/UE de los contenidos/servicios digitales como objeto de los contratos sujetos a su regulación encuentra su correlato en la irrelevancia del tipo de soporte a través del cual el consumidor accede a ellos en la naturaleza del negocio celebrado, de forma tal que la Directiva excluye «…determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico» (Cdo. 12), problema cuya concreción –al igual que acontece con los aspectos de Derecho contractual general como celebración o validez– se remite a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros[156].

De esta forma, la Directiva 2019/770/UE ratifica la «neutralidad» –previamente apuntada– de los contratos de suministro de contenidos y servicios

---

155. En detalle, acerca del régimen aplicables a tales bienes con elementos digitales *vid. infra* Apartado III.4.

156. Como destaca Staudenmayer, D., «The Digital Content Directive, following the approach of the Commission Proposal for a Digital Content Directive, intentionally avoids qualifying the legal nature of the included contracts. As the contracts in question are qualified differently in national laws, the intention is that Member States should maintain these legal qualifications» («Article 3. Scope», cit., p. 66). No obstante, ARROYO VENDRELL, T. destaca cómo la autonomía de los Estados miembros en relación con la determinación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado resulta limitada, pues no cabe duda de la aplicación de varios aspectos uniformes plenamente armonizados por la Directiva con independencia del *nomen iuris* asignado por los legisladores nacionales (*Cfr.* «Aproximaciones…», cit., pp. 54-55). Sin embargo, desde mi punto de vista, tal afirmación debe ser considerada cuidadosamente, ya que la remisión a los ordenamientos nacionales de todos los aspectos referidos a la ejecución, validez, nulidad o efectos de los contratos de suministro celebrados, así como su catalogación jurídica (Cdo. 12 DCSD), abre un amplio abanico de posibilidades a la inclusión/exclusión de la aplicación de la Directiva 2019/770/UE y su necesaria integración con disposiciones nacionales de lo más heterogéneo que pueden influir negativamente en la consolidación de un marco jurídico común europeo aplicable al suministro de contenidos/servicios digitales, tal y como destacan, por ejemplo, Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 260.

digitales en cuanto a su naturaleza jurídica (diversa), cuya determinación escapa a su ámbito material de aplicación, asumiendo que tales contenidos puedan resultar facilitados al consumidor mediante contratos de lo más heterogéneo (compraventa, alquiler, servicios u otro tipo de contratos atípicos). Buena pruebo de ello es la inexistencia de definición alguna del «contrato de suministro» en la Directiva[157], más allá de la referencia contenida en su Art. 3 con ocasión de acotar el ámbito material de aplicación de las reglas en ella previstas, a diferencia de cuanto acontece en la Directiva de compraventa 2019/771/UE, en la que expresamente se define el «contrato de compraventa» (Art. 2.1).

En el caso del Derecho español, el legislador no ha procedido a efectuar desarrollo alguno de la posibilidad brindada por la Directiva 2019/770/UE respecto a la determinación de la naturaleza jurídica de los «contratos de suministro», como evidencia la ausencia de definición de tales contratos en el TRLGDCU tras las modificaciones operadas por el RDL 7/2021, de 27 de abril. Así pues, en el listado de definiciones del Art. 59 *bis* TRLGDCU no existe referencia alguna a los «contratos de suministro»[158], a diferencia

157. En su momento la Propuesta de Directiva de contenidos digitales se limitaba a definir el «suministro» como el «hecho de facilitar el acceso a contenidos digitales o poner a disposición los contenidos digitales» (Art. 2.10), definición ésta que resultaba redundante *per se* y, por ello, del todo innecesaria, visto que tal facilitación o puesta a disposición de los contenidos/servicios digitales puede instrumentarse a través de negocios jurídicos de lo más variopinto.

158. Como destaca Arroyo Amayuelas, E., «Los tipos contractuales objeto de nueva regulación en el TRLGDCU son la compraventa y un genérico contrato de suministro de contenidos y servicios digitales que, a pesar de las previsiones del legislador europeo (Cdo. 12 DCSD), el legislador español no desdobla en otros tantos tipos contractuales (*vgr*. compra, arrendamiento, contrato de servicio, contrato de obra). La decisión no merece reproche alguno, porque a la vista de la enorme cantidad de formas de suministro (*v. gr*. transmisión en soporte material, descargar en el dispositivo, *streaming*, acceso a espacio en la nube, acceso a redes sociales) no parece posible una tipificación contractual, o no sin incurrir en el riesgo de repetir muchas veces las mismas reglas para cada modalidad de contrato, además de no poder prever en el momento de la transposición los futuros modelos de negocio que quizás harían necesarios tipos contractuales distintos. Es, pues, conveniente dejar a la labor del intérprete la determinación de las reglas aplicables al tipo concreto que vehicule la prestación en cada caso» [«La transformación digital de los contratos de consumo en España», en González Pacanowska, I. y Plana Arnaldos, Mª C. (Dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 27-28]. En contra, acerca de la importancia de la catalogación de la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la necesidad de ahondar en la clarificación del tal cuestión *vid*. CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., p. 22.

de cuanto acontece con los «contratos complementarios», el «contrato de compraventa» o «los contratos de servicios» (incluidos aquéllos cuyo objeto sean servicios digitales[159]), oportunamente definidos en dicho precepto[160].

En el caso del Decreto-Ley 27/2021, de 14 de diciembre, a través del cual se ha operado la incorporación de dicha Directiva en el Libro Sexto del Código Civil catalán, la definición del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales se infiere del tenor del Art. 621-67 CCCat con ocasión de acotar el ámbito material de aplicación de las reglas particulares aplicables a tales contratos, a semejanza de cuanto acontece en el referido Art. 3.1 de la Directiva 2019/770/UE y a diferencia de la solución adoptada en este punto por el TRLGDCU (en el que no existe un conjunto definido y sistemático de reglas particulares aplicables a los contratos de suministro, sino que tales reglas resultan formuladas *ad hoc* y en muchos casos en conjunción con el contrato de compraventa[161], excepción hecha

159. En sentido crítico con la expresa referencia a los servicios digitales en la definición del contrato de servicios contenidas en el referido Art. 59 *bis* TRLGDCU se manifiesta SÁNCHEZ LERÍA, R., en cuya opinión tal opción legislativa resulta desacertada, habida cuenta de que los contenidos digitales pueden ser igualmente suministrados en el marco de un contrato de servicios, cual acontece, por ejemplo, con los vídeos *in streaming*, por lo que considera que el planteamiento adoptado por nuestro legislador a este respecto resulta inapropiado, debiendo haber procedido a ofrecer una definición o concepto único de los contratos de suministro común a los contenidos/servicios digitales,, a semejanza de cuanto acontece en la *UK Consumer Rights Act* estableciendo un régimen *ad hoc* de tales contratos de suministro sin incluirlos en ninguna de sus categorías contractuales (*Cfr.* «Mercado digital…», cit., p. 43).

160. *Vid.* Art. 59 *bis* TRLGDCU apartados e), f) y g).

161. Así, por ejemplo, de acuerdo con el Art. 114.1 TRLGDCU las reglas del Título IV (dedicado a las garantías y servicios posventa) resultan de aplicación a «…los contratos de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse y los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, incluyéndose como tales todos aquellos que tengan por objeto la entrega de soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales». Por su parte, el Art. 66 *bis* TRLGDCU regula la obligación de *entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material*. Asimismo, el Art. 103 TRLGDCU al regular las excepciones al derecho de desistimiento formula reglas específicas contempla dentro de tales excepciones el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega, así como el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago (siempre y cuando se den determinadas condiciones, a las que me refiero más adelante con ocasión de abordar la incidencia del soporte material en las reglas aplicables al suministro celebrado, abordando la problemática particular del derecho de desistimiento).

del Capítulo específico dedicado a la modificación de los contenidos/servicios digitales[162]).

No obstante, pese al nuevo enfoque adoptado en la Directiva 2019/770/UE –a resultas del cual el soporte de suministro (material o no) no condiciona ni la naturaleza jurídica ni el objeto del contrato celebrado (contenidos/servicios digitales no bienes *vs* servicios)– lo cierto es que el soporte en cuestión continúa siendo relevante en la determinación de las reglas aplicables al suministro concertado, en la medida en que algunas de las disposiciones de la Directiva no resultan de aplicación a los contratos de suministro en soporte material (Cdo. 20).

Así, las disposiciones de la Directiva 2019/770/UE sobre la obligación de suministro del empresario (Art. 5) y las medidas correctoras que el consumidor puede exigir por el incumplimiento de dicho suministro (Art. 13) no resultan aplicables cuando éste tiene lugar a través de un soporte material (Cdo. 20 y Art. 3.3)[163]. Ambas cuestiones están gobernadas por la Directiva 2011/83/UE –en concreto por su Art. 18– originariamente diseñado para la venta de bienes muebles corporales (cual acontece con el soporte material a través del cual se suministra el contenido digital), cuyo contenido no se ha visto afectado por las modificaciones operadas por la Directiva 2019/2161/UE para adaptarla a la nueva regulación de los contratos de suministro de contenidos/servicios digitales[164].

Este diferente tratamiento jurídico de la obligación de suministro en función del tipo de soporte empleado encuentra su correlato en el Derecho español en el nuevo Art. 66 *bis* TRLGDCU, dedicado a la *entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material*, en el que se entremezclan las reglas previstas en los Arts. 5 y 13 de la Directiva 2019/770/UE y 18 de la Directiva 2011/83/UE. A mi modo de ver, la fórmula de transposición elegida resulta un tanto confusa, habida cuenta de que ni el referido Art. 66 *bis* ni ningún otro precepto del TRLGDCU alu-

162. *Vid.* Libro Segundo (Contratos y garantías), Título IV (Garantías y servicios posventa), Capítulo IV (Modificación de los contenidos y servicios digitales) del TRLGDCU (Arts. 126 y 126 *bis*).

163. A propósito de dicha obligación de suministro del Art. 5 de la Directiva 2019/770/UE y los remedios a disposición del consumidor asociadas a su incumplimiento *vid. infra* en detalle el Capítulo del Profesor Gómez Ligüerre.

164. De ahí que el Art. 18.1 DDC establezca que «Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, *el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control* al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato».

den a la obligación de suministro de contenidos/servicios que se presten en soporte material, a diferencia de cuanto acontece en la transposición catalana, mucho más intuitiva a este respecto (Arts. 621-68 y 621-69.3 CCCat).

La ausencia de referencia en el Art. 66 *bis* TRLGDCU al suministro de contenidos/servicios digitales en soporte material implica que en tales casos las reglas acerca de la obligación de suministro a cargo del empresario y de las medidas correctoras asociadas a su incumplimiento son –*a contrario sensu*– las aplicables a los bienes, con las consiguientes diferencias que ello implica, tanto en los plazos de entrega/suministro como en las medidas correctoras derivadas de su incumplimiento[165].

165. En el caso del suministro de contenidos/servicios en soporte material las reglas aplicables serían las de la entrega de bienes, por lo que de acuerdo con el Art. 18 de la Directiva 2011/83/UE y su correlativa transposición en el Art. 66 *bis* TRLGDCU, el empresario deberá entregar el soporte material que sirve de mero portador del contenido digital *sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato*. Por el contrario, de acuerdo con el Art. 5 Directiva 2019/770/UE y 66 *bis* TRLGDCU en el caso del suministro de contenidos/servicios digitales que no se prestan en soporte material el empresario deberá suministrar *los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato*, sin referencia alguna a ese plazo máximo de 30 días. Además, cuando no media soporte material tanto la Directiva 2019/770/UE (Art. 5) como el Art. 66 *bis* [apartado 1, par. segundo letras a) y b] determinan unas reglas específicas para determinar cuando se entiende cumplida la obligación de suministro, que por sus características no resultan aplicables a la entrega de bienes/contenidos en soporte material. En el suministro en soporte material el incumplimiento de la obligación de entrega el consumidor debe emplazar al empresario *para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias*, mientras que en el caso del suministro que no se presta en soporte material el consumidor puede solicitar el suministro de los contenidos *sin demora indebida o en un período de tiempo adicional*, si bien ese período adicional debe en este caso acordarse expresamente por las partes. En ambos casos si tras el requerimiento el empresario continúa sin entregar/suministrar el soporte material/contenido/servicio el consumidor puede solicitar la resolución del contrato, resolución que puede operar directamente sin necesidad de requerimiento si: 1) El empresario ha rechazado la entrega del soporte material o haya declarado (o así se desprenda de las circunstancias) que no suministrará el contenido/servicio; 2) Por acuerdo expreso de las partes o vistas las circunstancias de celebración del contrato el plazo de entrega/suministro es esencial para el consumidor (precisando que en el caso de entrega de bienes/soporte material el acuerdo en este supuesto deberá ser anterior a la celebración del contrato). La resolución del contrato de suministro, independientemente de que se opere o no en soporte material, implica la entrada en juego de las consecuencias previstas en los Arts. 119 *ter*, apartado 4, y 119 *quater* TRLGDCU. Acerca de todas estas cuestiones relativas a las diferencias/matices acerca del momento en que debe cumplirse la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales, la forma en que se entiende cumplida dicha obligación de suministro y las medidas correctoras en caso su incumplimiento, en función de si se suministran a través de un

La referida equiparación del suministro de contenidos/servicios digitales en soporte material a la entrega de bienes a efectos del cumplimiento con la obligación de suministro a cargo del empresario resulta corroborada –si bien de forma oscura– por la propia Directiva 2019/770/UE, cuyo Cdo. 20 precisa que *las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE sobre la naturaleza del contrato en virtud del cual se suministran dichos bienes, deben seguir aplicándose también a los citados soportes materiales y a los contenidos digitales suministrados en dichos soportes*.

A mi juicio, esta remisión de la naturaleza del contrato de suministro en soporte material a las reglas de la Directiva 2011/83/UE –prevista en el referido Cdo. 20– resulta desacertada, puesto que –como ya se ha dicho– el soporte del suministro no condiciona para nada la naturaleza del contrato. El tenor literal del Cdo. 20 resulta equívoco y puede inducir a confusión, en la medida en que de él parece inferirse la equiparación del contrato de suministro en soporte material a un contrato de compraventa. Confusión que, a mi parecer, puede verse agravada si se tiene en cuenta que en el mismo Cdo. 20 *in fine* se corrobora la equiparación de los contratos de suministro de contenidos/servicios digitales –independientemente del soporte utilizado– a la compraventa en materia de propiedad intelectual a efectos de la aplicación del agotamiento del derecho de distribución, en los términos previamente apuntados. En este punto, la Directiva 2019/770/UE debería a haberse limitado a indicar que el suministro en soporte material se considera como un bien a efectos de la aplicación de las reglas previstas en la Directiva 2011/83/UE respecto a la obligación de entrega y a los remedios a disposición del consumidor por su incumplimiento (fórmula que, por lo demás, es la que literalmente se emplea en el Cdo. 19 de la Directiva al puntualizar que si *un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva*). Máxime si se tiene en cuenta que, como se ha indicado, la naturaleza jurídica del contrato de suministro es una cuestión que la Directiva 2019/770/UE remite a los ordenamientos nacionales, lo que resulta incompatible con una posterior remisión de esa misma cuestión a la Directiva 2011/83/UE, que no resuelve la naturaleza del contrato de suministro en soporte material, sino que se limita a indicar que en tal caso se aplican las reglas previstas para los bienes, cual acontece en particular con la obligación de entrega del Art. 18.

En el caso del Derecho catalán el modelo de transposición adoptado de cara a diferenciar el tratamiento del suministro de contenidos/servicios

---

soporte material o no, *vid. infra* los capítulos 3 y 8 de los Profesores Gómez Ligüerre y Gili Saldaña.

digitales en soporte material a efectos de la obligación de suministro/entrega regulada en los Arts. 621-69 y 621-77 CCCat resulta mucho más acertado y clarificador. Y ello porque expresamente se excluye la aplicación de tales preceptos cuando el suministro se efectúa en soporte material (Art. 621-68.2 CCCat), remitiendo en tal caso la solución aplicable a las normas en materia de compraventa en la medida en que éstas sean compatibles con la naturaleza del contrato de suministro (Art. 621-67.2 CCCat)[166], cual acontece con las reglas relativas a la obligación de entrega del vendedor (Arts. 621-10, 621-13 y 621-42 CCCat), extrapolables al soporte material que sirve como mero portador del contenido digital. Con dicha fórmula y remisión a las reglas en materia de compraventa –únicamente en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del contrato de suministro– se efectúa un adecuado deslinde entre ambos tipos contractuales, al tiempo que se diferencia con mucha mayor nitidez que en el TRLGDCU y en la propia Directiva 2019/770/UE las reglas aplicables a la obligación de suministro en soporte material. Y ello en la medida en que a efectos de la obligación de suministro la naturaleza tangible/material del soporte que sirve de mero soporte del contenido/servicio resulta plenamente compatible con la aplicación de las reglas de entrega aplicables en la compraventa de bienes, sin que ello implique mutación alguna de la naturaleza del contrato de suministro concertado o su equiparación a la compraventa a otros efectos, ni tampoco una alteración de la configuración del objeto del contrato (que no es un bien sino un contenido/servicio digital).

Por otro lado, el soporte a través del cual se instrumenta el suministro de los contenidos/servicios digitales incide, asimismo, en las reglas aplicables en materia de desistimiento, aspecto no regulado en la Directiva 2019/770/UE sino con carácter transversal en la Directiva 2011/83/UE. En particular, debe tenerse en cuenta que el suministro que no se presta en soporte material cuenta con un tratamiento *ad hoc* en relación con dicho desistimiento que varía en función de si trata de contenidos o servicios digitales, a resultas de las modificaciones operadas por la Directiva 2019/2161/UE en la Directiva sobre derechos de los consumidores.

Como expresamente destaca el Cdo. 30 de la Directiva 2019/2161/UE, en el caso de los servicios digitales suministrados en línea, el derecho de desistimiento está sometido al plazo general de ejercicio de 14 días desde

166. *Cfr.* ARNAU RAVENTÓS, L., «Productos digitales en el Derecho catalán de contratos», en Arnau Raventós, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 87 y 88.

la celebración del contrato (Art. 71.2 TRLGDCU), durante los cuales el consumidor puede probar el servicio y decidir si quiere utilizarlo o no, lo que se justifica en la intervención continua del prestador de servicios digitales, citando como ejemplos a tales efectos *los servicios para compartir vídeo y sonido y otro almacenamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrecen en nube, almacenamiento en nube, correo web, medios sociales y aplicaciones en nube*. Dicho plazo general de 14 días resulta aplicable igualmente al suministro de contenidos digitales en soporte material, aunque en tal caso el *dies a quo* será el de recepción del soporte material que sirve como mero transmisor del contenido digital en cuestión, excepción hecha de las grabaciones sonoras/vídeo y de los programas informáticos precintados que, pese a tratarse de contenidos digitales suministrados en soporte material, una vez desprecintados acarrean la pérdida del derecho de desistimiento por parte del consumidor [Arts. 16(i) DDC y 103(i) TRLGDCU].

Por el contrario, los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material se comprenden dentro de las excepciones al ejercicio de dicho derecho de desistimiento[167], concretamente en el nuevo apartado m) del Art. 16 DDC introducido por la Directiva 2019/2161/UE[168], oportunamente transpuesto en el Art. 103(m) TRLGDCU por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, en tanto que caracterizados *por un único acto de suministro al consumidor de uno o varios elementos específicos como archivos de música o de vídeo concretos*[169]. De acuerdo con el Tribunal de Justicia dicha excepción al derecho de desistimiento del suministro de contenidos digitales en soporte no material del Art. 16(m) DDC debe ser objeto de interpretación restrictiva[170] y, además, su operatividad se supedita cuando

167. El Cdo. 30 de la Directiva 2019/2161/UE ejemplifica tal exclusión refiriéndose a los supuestos en los que tiene lugar «…la descarga o la emisión en continuo (*streaming*) del contenido, previo consentimiento expreso por su parte para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento y conocimiento de que, en consecuencia, ha perdido tal derecho», cual acontece con las plataformas de alquiler/compra en línea de contenidos audiovisuales, en los que se advierte al consumidor (de una u otra forma, y en ocasiones de forma no muy visible) que una vez comience a visualizar el contenido o éste se descargue perderá todo derecho al reembolso del precio abonado, o lo que es lo mismo, al desistimiento.

168. *Cfr.* Art. 4, apartado 12, Directiva 2019/2161/UE.

169. Cdo. 30 Directiva 2019/2161/UE.

170. *Vid.* STJUE de 8 de octubre de 2020, *EU c. PE Digital GmbH*, C-641/19, EU:C:2020:808, apartados 40-46. En el caso enjuiciado se trataba de un servicio *online* dedicado a la búsqueda de pareja que, entre otras cosas, implicaba el suministro parcial de una evaluación de la personalidad y características del usuario y que el Tribunal de Justicia

el contrato impone al consumidor una obligación de pago a la concurrencia de una serie de requisitos legalmente especificados[171], cuyo incumplimiento posibilita al consumidor desistir del contrato en el plazo de 14 días desde la celebración del contrato [Art. 104(c)TRLGDCU] a coste cero [Arts. 14(b) DDC y 108.5(b) TRLGDCU][172].

---

entendió no podía considerarse como un suministro de «contenido digital» a efectos de la aplicación de la excepción al derecho de desistimiento prevista en el Art. 16(m) de la Directiva 2011/83/UE. Para un comentario en detalle de dicha Sentencia, a la vista de la diferenciación entre los conceptos de «contenido» *vs* «servicio» digital en la Directiva 2019/770/UE, *vid*. BARCELÓ COMPTE, R., «A propósito de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (caso EU contra PE Digital GmbH): suministro de servicios digitales y derecho de desistimiento», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 26, N.º 3, 2021, pp. 14 y ss.

171. Tales requisitos o condiciones se encuentran especificados expresamente en los referidos Arts. 16(m) DDC y 103(m) TRLGDCU y consisten en que: «1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento; 2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y 3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al Art. 98.7 o al artículo 99.2 TRLGDCU». Tal confirmación a que se refieren los Arts. 98.7 y 99.2 TRLGDCU vienen referidos al consentimiento expreso del consumidor antes de que el suministro dé comienzo de su conocimiento acerca de la pérdida de su derecho desistimiento característica del suministro de contenidos digitales en soporte no material, regla que se reproduce dentro de los requisitos formales aplicables a los contratos a distancia (Art. 98) y celebrados fuera de establecimiento (Art. 99), exigiendo en ambos casos que tal confirmación conste en papel u otro soporte duradero.

172. La interrelación entre la necesaria confirmación por escrito del conocimiento por el consumidor de la pérdida de su derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material en los que debe abonar un precio para que no tenga que asumir ningún coste es otra de las modificaciones introducidas por la referida Directiva 2019/2161/UE en la Directiva 2011/83/UE. Como oportunamente se explica en el Cdo. 44 de la Directiva 2019/2161/UE: «El artículo 14, apartado 4, de la Directiva 2011/83/UE establece las condiciones en las que, en caso de ejercer el derecho de desistimiento, el consumidor no asume el coste de la prestación de los servicios, del suministro de bienes públicos y del suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material. Cuando se cumpla cualquiera de estas condiciones, el consumidor no tiene que pagar el precio del servicio, los bienes públicos o el contenido digital recibidos antes del ejercicio del derecho de desistimiento. Por lo que se refiere al contenido digital, una de estas condiciones no acumulativas, concretamente con arreglo al artículo 14, apartado 4, letra b), inciso iii), consiste en que no se facilite la confirmación del contrato, lo que incluye la confirmación del consentimiento expreso previo del consumidor para iniciar la ejecución del contrato antes de que expire el plazo del derecho de desistimiento y el conocimiento de que el derecho de desistimiento se pierde como resultado. No obstante, esa condición no se incluye entre las condiciones para la pérdida del derecho de desistimiento del artículo 16, párrafo primero, letra m), de dicha Directiva, lo que genera una inseguridad respecto a la posibilidad de que los

Por último, habida cuenta de las dificultades previamente apuntadas que en ocasiones pueden suscitarse a la hora de diferenciar entre contenidos y servicios digitales (*puesto que ambos pueden implicar el suministro continuo del comerciante a lo largo de la vigencia del contrato*), el Cdo. 30 de la Directiva 2019/2161/UE expresamente determina que *cuando exista una duda sobre si el contrato es un contrato de prestación de servicios o un contrato de suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, deben aplicarse las normas sobre el derecho de desistimiento para los servicios*, posibilitando, pues, que el consumidor desista en el plazo de 14 días desde la celebración del contrato, en los términos anteriormente referidos.

4. CASUÍSTICA PARTICULAR DE LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES

Un número nada desdeñable de los bienes de consumo que actualmente se comercializan son ya –y los que no lo serán a corto o medio plazo– bienes inteligentes (*Smart Goods*), dada la habitual incorporación de numerosos componentes electrónicos, sensores, *software* u otros sistemas de conectividad, tal y como por lo demás se aprecia con los equipos de información y comunicación, la mayoría de los coches nuevos, los electrodomésticos, los dispositivos deportivos o de medición energética, los juguetes o incluso la ropa[173].

La comercialización de tales bienes implica el «suministro» al consumidor de un producto complejo con varios componentes, entre los que se incluyen: el propio material tangible/bien (incluido el *hardware*); el *software* incorporado (normalmente combinado con un acuerdo de licencia de usuario final); el mantenimiento del *software* con los correspondientes acuerdos que acompañarán a cada actualización; el suministro de la infraestructura digital o servicios en el caso de contratos a largo plazo; y el tratamiento y explotación de los datos del usuario, también en el caso de contratos a largo plazo.

---

consumidores se acojan al artículo 14, apartado 4, letra b), inciso iii), cuando se cumplan las otras dos condiciones establecidas en el artículo 14, apartado 4, letra b), y, en consecuencia, se pierda el derecho de desistimiento con arreglo al artículo 16, párrafo primero, letra m). La condición establecida en el artículo 14, apartado 4, letra b), inciso iii), debe añadirse por tanto al artículo 16, párrafo primero, letra m), para permitir al consumidor ejercer el derecho de desistimiento cuando dicha condición no se cumpla y reivindique por consiguiente los derechos previstos en el artículo 14, apartado 4».

173. *Vid.*, por ejemplo, a este respecto ROSE, K., ELDRIDGE, S. y CHAPIN, L., «The internet of things: An overview», *The internet society (ISOC)*, Vol. 80, No. 15, 2015, pp. 1 y ss.

En puridad, desde el punto de vista contractual en la adquisición de los *smart goods* por parte de los consumidores el vendedor sólo es la «parte contratante» respecto al bien en sí, mientras que en relación a otros componentes/servicios integrados/interconectados con el bien en cuestión (*Internet of Things* o IoT) deben tenerse en cuenta otros sujetos, tales como los licenciantes del *software* incorporado, los proveedores del contenido digital y/o el productor de los bienes adquiridos[174]. Con ello se genera un escenario contractual complejo que puede plantear dudas sobre la calificación y el marco jurídico aplicable al contrato o contratos celebrados, haciendo que la adopción de normas y criterios claros al respecto por parte del legislador comunitario resulte particularmente necesaria[175].

Como se ha apuntado anteriormente, con ocasión de analizar el suministro de contenidos/servicios digitales en soporte material[176], la solución adoptada en este punto ha sido la creación de una categoría *ad hoc*, «los bienes con elementos digitales», excluida del ámbito material de aplicación de la Directiva de suministro 2019/770/UE (Art. 3.4) [177] y subsumida en la Directiva de compraventa 2019/771/UE (Art. 3.3), dando primacía a la adquisición del *hardware* (el bien) frente al *software* (los contenidos/servicios digitales asociados al bien). Consecuentemente, no solo la adquisición del bien propiamente dicho sino también los contenidos/servicios digitales incorporados o interconectados con los bienes –sistemas operativos, aplicaciones o cualesquiera otros programas informáticos– se encuentran gobernados por la normativa de compraventa, al menos siempre y cuando su suministro *se facilita con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes*[178].

---

174. *Cfr.* Wendehorst, C., «Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age», *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, February 17 2016, p. 6.
175. *Cfr.* Loos, M., «Not Good but Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content», en Claeys, I. y Terryn, E., (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 31.
176. *Vid. supra* Apartado III.3.
177. De acuerdo con el Art. 3.4 DCSD: «La presente Directiva no se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, en el sentido del artículo 2, punto 3, y que se suministren con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero».
178. *Cfr.* Cdo. 21 DCSD y Cdo. 13 DCV.

No obstante, el alcance de dicha exclusión de los bienes con elementos digitales de la Directiva de suministro y su remisión a la normativa de compraventa, además de haber sido una fuente constante de discrepancias en el *iter* legislativo de ambas Directivas[179], no está exenta de problemas por dos grandes motivos.

El primero de tales motivos obedece a que la subsunción de la adquisición de los bienes con elementos digitales dentro del ámbito material de aplicación de la Directiva de compraventa requiere de la concurrencia de determinados requisitos, cuya formulación en las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE resulta equívoca y discutible y, por ende, merecedora de un análisis en detalle.

El segundo motivo tiene que ver con la estrecha relación que los bienes con elementos digitales guardan con la figura de los contratos mixtos y de los contratos vinculados o complementarios, con las consiguientes dificultades que ello entraña en aras a su adecuado deslinde, habida cuenta del alto gra-

179. A propósito del debate en el transcurso de la elaboración de ambas Directivas acerca del régimen aplicable a los bienes con elementos digitales *vid.*, por ejemplo, Sein, K., «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods: Goods with Embedded Digital Content in the Borderland between the Digital Content Directive and Normal Contract Law», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 8, Issue 2, 2017, pp. 96 y ss. En este sentido, cabe destacar que la solución finalmente adoptada de excluir los bienes con elementos digitales del ámbito de aplicación de la Directiva sobre contenidos digitales y remitir su regulación a la Directiva de compraventa (en particular en lo que respecta al régimen de no conformidad) contrasta con el planteamiento esbozado en su momento por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor en la propuesta de Directiva original. Así, el *Draft Report* presentado por dicha Comisión el 7 de noviembre de 2016 (disponible online en *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ24-PR-592444_EN.pdf?redirect*) preveía expresamente la aplicación de la Directiva de Contenidos Digitales a los bienes con elementos digitales salvo que se demuestre que la falta de conformidad se debe a un problema de *hardware* (Art. 3.3 de la Propuesta introducida por la enmienda 34). Asimismo, el *European Law Institute's Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers* (disponible online en *https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf*) también abogaba por la aplicación de la Directiva de suministro a los contenidos/servicios digitales incorporados a los bienes y por la aplicación de la Directiva de compraventa al *hardware* (pp. 11-12), tal y como en su momento destacaba, entre otros, MILÀ Rafel, «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 23, 2016, p. 11 (trabajo en el que se incluía un análisis sistemático de todas las observaciones sugeridas por el ELI, muchas de las cuales trasciende del propósito del presente capítulo).

do de interconexión entre los bienes propiamente dichos y los contenidos/servicios digitales a ellos incorporados/interconectados, es decir, entre las facetas física y digital[180].

Por otro lado, aun cuando no se trata de un problema que *stricto sensu* revista naturaleza contractual, no cabe perder de vista que la propia caracterización «híbrida» de los bienes con elementos digitales supone un desafío a la hora de articular el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados por tales bienes, aspecto sobre el que ni la Directiva de suministro ni la de Directiva compraventa se pronuncian, pero cuya interrelación resulta innegable.

4.1. Criterios para determinar el régimen aplicable a la adquisición de los bienes con elementos digitales

El Art. 2.3 de la Directiva 2019/770/UE define los «bienes con elementos digitales» como «…todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones», definición que se reproduce, asimismo, en el Art. 2.5(b) de

180. Así, por ejemplo Loos, M., considera que dada la dificultad para diferenciar entre bienes con elementos digitales y contratos mixtos «…it probably makes more sense –also with regard to future developments– that the Digital Content Directive is applicable to goods operated by embedded software, rendering the supplier liable in case of any defect in the proper functioning of the goods, unless the supplier of the digital content proves that the defect lies in the hardware of the good» [«Not Good…». cit., p. 31]. Mak, C., también hacíe hincapié en este punto en relación con la Propuesta de Directiva y la exclusión contenida en su Cdo. 17, utilizando el ejemplo de los vehículos de *Tesla* y apuntando cómo la diferenciación entre las dimensiones física y digital podría no ser funcional en la práctica [«The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content», *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, February 17 2016, p. 8]. A este respecto *vid.* asimismo y entre otros, Wendehorst, C., «Sale of goods…», cit., p. 8; y Spindler, G., «Contratos de suministro…», cit., p. 9. En el referido *Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers* el *European Law Institute* también había llamado la atención sobre esta cuestión, así como sobre el régimen propuesto para dichos bienes con elementos digitales, remitiéndolos en bloque a las disposiciones de la Propuesta de Directiva sobre compraventa. (pp. 10-13,), una crítica de la que se hacía eco y que explicaba sistemáticamente en su momento MILÀ Rafel, R., «La declaración del *European Law Institute* sobre la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales a consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 20, 2016, pp. 253 y 254.

la Directiva de compraventa 2019/771/UE[181], así como en su correlativa transposición en el Art. 59 *bis*, apartado 1(a), TRLGDCU y en el Art. 621-3.2 CCCat.

Una adecuada comprensión del alcance de la exclusión de los bienes con elementos digitales del ámbito de aplicación de la Directiva de suministro prevista en su Art. 3.4 requiere tener en cuenta no solo dicha definición, sino las precisiones contenidas en los Cdos. 21 y 22, así como en los Cdos. 13 a 16 de la Directiva de compraventa 2019/771/UE, en los que tanto la definición transcrita como los requisitos que deben concurrir para su sometimiento a las reglas en materia de compraventa (Art. 3.3 Directiva 2019/771/UE) se desarrollan y ejemplifican con mayor detalle[182].

Así, la exclusión de los bienes con elementos digitales del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE y su correlativa subsunción en la Directiva 2019/771/UE requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero de los cuales deriva de la definición de tales bienes prevista en ambas Directivas [Arts. 2.3 DCSD y 2.5(b) DCV] y tiene que ver con el hecho de que el contenido o servicio digital esté *incorporado o interconectado con el bien vendido de tal manera que su ausencia impida que cumpla su función*[183], requisito de «funcionalidad» cuya determinación se antoja problemática *per se* a la vista del articulado y considerandos de la Directiva 2019/771/UE[184].

El segundo requisito para que dicha exclusión opere no se infiere de la definición de tales bienes con elementos digitales, sino de la conjunción

181. El Art. 2.5(b) DCV incluye entre la definición «bienes» «Todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones (en lo sucesivo, "bienes con elementos digitales")».

182. *Cfr.* Barceló Compte, R. y Rubio Gimeno, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCSD y la DCCB», *Indret*, N.º 3, 2022, p. 9.

183. Como destaca Sénechal, «This is to be ascertained by a "negative test": if the absence of the digital content or digital service would prevent the goods from performing their functions, the goods in question fall under the definition of "goods with digital elements". How the concept of "function" is to be understood in this context is, however not described in either Art. 2 No. 3 itself or in the recitals. The decisive aspect may primarily concern the type of use and the purposes of the goods as they would normally be used or as specified in the contract» (ob. cit. p. 48).

184. *Vid.* Arnau Raventós, L., «El arrendamiento de bienes con elementos digitales: ¿qué reglas, europeas y españolas, en materia de conformidad del producto digital al contrato?», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 29, N.º 3, 2022, p. 30 nota 8.

de los Arts. 3.4 DCSD y 3.3 DCV –así como de sus Cdos. 21 y 15, respectivamente– y consiste en que el contenido o servicio digital incorporado/ interconectado debe suministrarse con los bienes *con arreglo al contrato de compraventa*, con independencia de si el suministro corre a cargo del vendedor o de un tercero y de si los contenidos/servicios están preinstalados en el propio bien o deben descargarse posteriormente a efectos de su interconexión con él[185] (distanciándose de la solución inicialmente adoptada en la Propuesta de Directiva de suministro presentada en 2015[186]). A tales efectos –aun cuando ambas Directivas asumen que la determinación de si el suministro del contenido/ servicio forma parte de la compraventa depende del contenido particular del contrato celebrado[187]– no se requiere que el contrato en cuestión expresamente comprenda tal suministro. Basta con que pueda interpretarse que el contrato de compraventa comprende el suministro de contenidos/servicios digitales específicos normalmente incluidos en bienes del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar que lo estén, vista la naturaleza de los bienes y las declaraciones públicas realizadas por el vendedor o por su cuenta, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones (incluido el productor)[188]. De ello se colige que si el suministro del contenido/servicio digital no está comprendido –explícita o implícitamente– en el contrato de compraventa celebrado, dicho suministro debe considerarse como un contrato independiente sujeto al ámbito mate-

185. El Cdo. 21 DCSD ejemplifica dicha inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/771 con independencia de la preinstalación o descarga posterior del contenido/ servicio digital refiriéndose a dos casos: 1) Un *smartphone* con una aplicación de alarma o una aplicación de cámara preinstaladas; 2) Un *smartwatch* que, para cumplir sus funciones, requiere la instalación de una aplicación suministrada en virtud del contrato de compraventa que el consumidor debe descargar en un smartphone, en cuyo caso la aplicación es un elemento digital interconectado.

186. *Cfr.* Arnau Raventós, L., «El arrendamiento de bienes con elementos digitales: ¿qué reglas, europeas y españolas, en materia de conformidad del producto digital al contrato?», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 29, N.º 3, 2022, p. 29, nota 6.

187. *Cfr.* Cdo. 21 DCSD y Cdo. 15 DCV. Nótese que esta determinación de si el suministro del contenido/ servicio forma parte de la compraventa a la vista del contenido particular del contrato celebrado constituye un problema de tipo interpretativo, esto es, una cuestión de Derecho contractual general respecto de la cual –y sin perjuicio de los parámetros generales mencionados en dichos Cdos. 21 DCSD y 15 DCV– entra en juego la exclusión prevista en el Art. 3.10 DCSD y 3.6 DCV, lo cual explica la deliberada omisión a este respecto del uso del término «interpretación» en ambas Directivas. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., p. 78.

188. El ejemplo utilizado a tal efecto por la Directiva 2019/770/UE en el Cdo. 21 es el de un televisor inteligente cuya publicidad indica que incluye una determinada aplicación de vídeo, en cuyo caso la aplicación formaría parte del contrato de compraventa.

rial de aplicación de la Directiva 2019/770, aun cuando el vendedor haya actuado como intermediario del tercero con el que se contrata el suministro en tal caso[189]. Asimismo, si el bien con elementos digitales no es puesto a disposición del comprador en virtud de un contrato de compraventa sino de otro tipo de contrato –como puede ser el alquiler– el suministro de los contenidos/servicios digitales incorporados o interconectados estaría sujeto a las reglas de la Directiva 2019/770/UE, resultando en tal caso de aplicación la regla relativa a los contratos mixtos prevista en su Art. 3.6[190].

El carácter cumulativo de ambos requisitos parece inferirse del tenor literal de los Arts. 3.4 DCSD y 3.3 de la DCV, al referir la exclusión a los contenidos/servicios digitales que *estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos y se suministren con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes*, entendiendo a tales efectos por incorporación/interconexión –*ex* Arts. 2.3 DCSD y 2.5(b) DCV– la imposibilidad de realización de sus funciones en ausencia de dichos contenidos/servicios digitales (esto es, su falta de conformidad). No obstante, los Cdos. 22 de la Directiva 2019/770/UE y 16 de la Directiva 2019/771/UE pueden inducir a cierta confusión, al referirse alternativamente a que la ausencia del contenido/servicio impida que el bien cumpla sus funciones *o* a que el suministro del contenido/servicio derive de la celebración por el consumidor de un contrato distinto del de compraventa (aun cuando el vendedor actué como intermediario de ese segundo contrato con el tercero suministrador)[191], dando a entender que requisito de la funcionalidad puede entenderse de forma «objetiva» y

189. A tales efectos el Cdo. 22 DCSD se refiere al caso de un consumidor que descarga en un *smartphone* una aplicación de juego de una tienda de aplicaciones.

190. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., p. 78. En el mismo sentido se posiciona Arnau Raventós, L., «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Education and Law Review*, N.º 24, 2021, p. 11, utilizando como ejemplo el alquiler de las bicicletas inteligentes, excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/771/UE – únicamente aplicable a los contratos de compraventa–, pero sometido a la Directiva 2019/770/UE en lo que concierne al elemento digital incorporado/interconectado con el bien, vistos los razonamientos efectuados en el Cdo. 33 DCSD.

191. Nótese que literalmente los Cdos. 22 DCSD y 15 DCV parecen formular ambos criterios con carácter alternativo, cuando destacan cómo «…si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impidiera que los bienes realizaran sus funciones o si el consumidor celebra un contrato para el suministro de contenidos o servicios digitales que no forma parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, ese contrato debe considerarse independiente del contrato de compraventa de los bienes, aunque el vendedor actúe como intermediario de ese segundo contrato con el suministrador tercero, y podría entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva».

con independencia del concreto contenido y circunstancias del contrato de compraventa concertado.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que algunos de los ejemplos utilizados en los Cdos. 21/22 DCDSD y 15/16 DCV para ilustrar la inclusión o exclusión de un contenido/servicio digital específico interconectado o integrado en un bien en su ámbito de aplicación, no implican *stricto sensu* la inadecuación del bien en cuestión para llevar a cabo sus funciones[192], por lo que su utilidad resulta ciertamente limitada en este punto. Y en ello en la medida en que los ejemplos manejados en ambas Directivas entremezclan casos en los que –atendiendo a la diferenciación apuntada por algunos autores– el contenido/servicio digital desempeña una *funcionalidad básica* del bien (teóricamente susceptible de un enjuiciamiento objetivo: un *smartphone* sin sistema operativo) con otros en los que estamos en presencia de *funcionalidades ampliadas* (cuya incidencia en la «conformidad» del bien adquirido deberá efectuarse a la luz de las circunstancias –contractuales y comerciales– que motivaron su adquisición: una alarma de un teléfono o una *app* interconectada con un *smartwatch*)[193].

---

192. Ambas Directivas ponen como ejemplo una aplicación de vídeo en una *smart TV* (publicidad), una alarma en un *smartphone* (previamente descargada), una aplicación de juego para descargar en el teléfono o la adquisición de un *smartphone* sin un sistema operativo específico. En estos casos resulta obvio que el bien adquirido puede funcionar independientemente del contenido/servicio digital, pero lo que no puede es ejecutar algunas funciones específicas (por ejemplo, las relacionadas con la aplicación de vídeo, la alarma o el uso de la aplicación de juego), aun cuando tales funciones pueden resultar determinantes para el funcionamiento de dicho bien desde el prisma del consumidor.

193. *Cfr.* Sein, K. y Spindler, G. «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, p. 271, quienes apuntan cómo la definición de la «funcionalidad» de los *smarts goods* resulta variable, ya que mientras que los contenidos digitales integrados (por ejemplo, el *software* antibloqueo de frenos de un coche) suelen ser vitales para el funcionamiento del vehículo, los servicios digitales interconectados, como *Youtube* para un televisor inteligente, la aplicación de juegos de un teléfono inteligente o el sistema de navegación de un coche, suelen considerarse meros «extras» y no algo que influya en las funciones básicas del producto. Por contra ciertas funcionalidades de un bien inteligente presuponen la existencia de un servicio digital. Partiendo de las ideas y terminología empleada por dichos autores, la conveniencia de diferenciar entre ambos tipos de funcionalidades resulta apuntada, asimismo, por Barceló Compte, R. y Rubio Gimeno, G., ob. cit., pp. 7 y ss. De acuerdo con su planteamiento, es necesario distinguir entre bienes con elementos digitales interconectados (*goods with embedded digital content*) y bienes con elementos digitales auxiliares (*goods with ancillary digital services*). En la primera de tales categorías el contenido/servicio digital aparece incrustado/interconectado con el bien o preinstalado

Sin embargo, tal diferenciación entre funcionalidad básica *vs* ampliada no resulta acogida expresamente en ambas Directivas, en tanto que la categoría de los bienes con elementos digitales resulta unitaria y el legislador no discrimina –a efectos de la determinación de las reglas aplicables– entre bienes con elementos digitales interconectados (*goods with embedded digital content*) y bienes con elementos digitales auxiliares (*goods with ancillary digital services*). Nótese que los Arts. 2.3 DCSD y 2.5(b) DCV se limitan a referirse a que *la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones*, expresión dentro de la cual tienen cabida tanto las funciones básicas como las ampliadas –como expresamente se confirma en los ejemplos manejados en los Considerandos previos–, distanciándose en este punto de la solución inicialmente prevista en la Propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales[194].

---

por el productor y resulta indispensable para su funcionamiento, es decir, afecta a su funcionalidad básica. Por el contrario, en los bienes con elementos digitales auxiliares el contenido/servicio digital complementa al bien y amplía sus funciones, pero no existe tal vínculo físico o indisoluble.

194. Por el contrario, cit.consideran que la definición de los bienes con elementos digitales en las nuevas Directivas de suministro y de compraventa únicamente comprendería los que ellas catalogan como bienes con elementos digitales interconectados (*goods with embedded digital content*), mientras que la segunda categoría (*goods with ancillary digital services*) únicamente derivaría de los ejemplos manejados en los Cdos. previos de ambas Directivas (*Cfr.*, ob. cit., p. 8). Aun cuando tal diferenciación entre funciones básicas y ampliadas me parece acertada y relevante en el debate a la hora de enjuiciar el régimen aplicable a los bienes con elementos digitales (compraventa *vs* suministro), en mi opinión la definición prevista en los Arts. 2.3 DCSD y 2.5(b) DCV sí que comprende ambos tipos de bienes, al referirse tanto a la *incorporación* de contenidos/servicios digitales como a la *interconexión* con ellos, términos lo suficientemente amplios como para dar cabida tanto a los casos en los que existe una incrustación/incorporación/interconexión/preinstalación física en el bien, como aquellos otros en los no media tal circunstancia sino que el consumidor debe *a posteriori*, por ejemplo, descargarse una *app* para que tal interconexión opere. En este punto considero que el planteamiento de las autoras entronca con el Cdo. 11 de la de Propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales [COM (2015) 634 final)], en el que se precisaba la exclusión de su ámbito de aplicación de «…los contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales de los bienes», fórmula ésta que ha desaparecido del texto finalmente aprobado con la Directiva 2019/770/UE y en base al cual justamente se suscitó en la doctrina la referida diferenciación entre funcionalidad principal *vs* accesoria y su incidencia en la incardinación de los bienes con elementos digitales en las reglas de compraventa o de suministro. *Vid.* a este respecto, entre otros, Wendehorst, C., «Sale of goods…», cit., p. 8; Mak, C., ob. cit., p. 10; Kalamees, P. y Sein, K., «Connected Consumer Goods: Who is Liable for defects in the Ancillary Digital Service», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, Issue 1, p. 15; y Arnau Raventós, L., «El arrendamiento…», cit., p. 29

A mi parecer, la funcionalidad a la que aluden los Arts. 2.3 DCSD y 2.5(b) DCV al definir los bienes con elementos digitales no es una funcionalidad en abstracto u objetiva, sino que debe ser analizada –con independencia de que sea una funcionalidad básica o ampliada– a la vista del contenido y las circunstancias del contrato de compraventa celebrado[195], único enfoque que permite conciliar la redacción de los Arts. 2.3 y 3.4 DCSD y 2.5(b) y 3.3 DCV e interpretarlos de acuerdo con los considerandos de ambas Directivas y los ejemplos en ellos mencionados a efectos de determinar las reglas aplicables (compraventa *vs* suministro). Consecuentemente, el criterio de la funcionalidad no opera de forma autónoma y objetiva, ya que tanto si el suministro del contenido/servicio digital incorporado o interconectado forma parte del contrato de compraventa como el tipo de funcionalidad que le dispensa al bien –sea esta básica o ampliada– y que el consumidor puede *razonablemente esperar* que dicho bien tenga deberán enjuiciarse a la luz del articulado y contexto del contrato celebrado (marcado por la información precontractual)[196],

---

(nota 6). En todo caso, y como la última autora citada apunta, lo que cabría plantearse es si cuando la definición habla de «incorporación» está refiriéndose a contenidos digitales, mientras que la «interconexión» estaría pensada para servicios digitales, algo que –como la propia autora apunta– tampoco resulta pacífico (*Cfr.* Kalamees, P., «Goods with Digital Elements and the Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law [JIPITEC]*, N.º 2, 2021, p. 132, extendiendo el concepto de interconexión también a los contenidos digitales).

195. *Cfr.*, entre otros, Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., pp. 272-273; Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., pp. 76-77 (destacando cómo pese a que «…this functional criterion is mainly factual in nature, it indirectly has also a contractual dimension, as contractual market practices will have an influence on what could be regarded as the "functions" of goods whith digital elements»); o García Goldar, M., ob. cit., p. 89.

196. De ahí que Sein, K. y Spindler, G. se refieran a un enjuiciamiento del criterio de la funcionalidad de los bienes con elementos digitales en dos fases o etapas: una primera en la que las funciones imprescindibles del bien vienen determinadas por el contrato de compraventa y una segunda fase en la que los acuerdos contractuales sobre la funcionalidad del bien se contrastan con criterios objetivos, es decir, qué tipo de funciones son normales en el mismo tipo de *smart goods* que el consumidor puede esperar razonablemente dada la naturaleza del bien adquirido y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor o en su nombre o por otras personas en eslabones anteriores de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o en el etiquetado («The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 272). La misma opinión parecen sostener también, entre otros, Arnau Raventós, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en Arroyo Amayuelas,

teniendo, asimismo, muy presentes los requisitos de transparencia derivados de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha venido interpretándolos[197].

Así pues – y tomando como base los ejemplos mencionados en ambas Directivas– aunque un *smartphone* no funciona sin un sistema operativo instalado, las partes pueden haber restringido el contrato de compraventa celebrado exclusivamente al terminal, excluyendo el suministro de cualquier *software*, que el consumidor contratará por sí mismo con otro comerciante y que estará sujeto al ámbito de aplicación material de la Directiva de suministro, mientras que la adquisición del *smartphone* estaría comprendida en la Directiva de compraventa (Cdos. 22 DCSD y 16 DCV).

Por el contrario, una *Smart TV* sin una aplicación específica de vídeo instalada (por ejemplo, *YouTube*) no conlleva *per se* que el televisor no sea funcional (*funcionalidad básica*), pero si el vendedor publicita su inclusión, su ausencia conllevará que no pueda realizar una determinada función –*ampliada*– con la que el consumidor legítimamente contaba al adquirirlo (Cdos. 21 DCSD y 15 DCV). En este caso la Directiva de compraventa resultaría aplicable a ambos aspectos (el bien en sí y el suministro del contenido/servicio digital), aun cuando dicha aplicación sea suministrada por un tercero distinto del vendedor (Art. 3.3 DCV), sin que el hecho de que dicho tercero esté en mejores condiciones de resolver cualquier problema relativo a la falta de conformidad del contenido/servicio digital asociado a tal aplicación resulte relevante a estos efectos, visto el enfoque finalmente adoptado por el legislador europeo[198].

En teoría, si a la vista de las circunstancias y contenido del contrato de compraventa el consumidor no puede –ni debe– razonablemente contar con la referida aplicación que brinda una funcionalidad ampliada a la *Smart TV*[199], pero el acceso a tal aplicación se suministra en virtud del mis-

---

E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, p. 83; o Barceló Compte, R. y Rubio Gimeno, G., ob. cit., pp. 11 y 14, vinculando en todo caso el requisito de la funcionalidad de los bienes con elementos digitales al contenido/circunstancias del contrato, como por lo demás se infiere de los propios Cdos. 21 DCSD y 15 DCV.

197. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3. Scope», cit., p. 76.

198. *Cfr.*, entre otros, Cámara Lapuente, S., «Un primer balance…», cit., p. 12; y Barceló Compte, R. y Rubio Gimeno, G., ob. cit., pp. 13-14.

199. Tal y como apuntan Sein, K. y Spindler, G., en muchos casos del contrato no se infiere claramente si el vendedor también está obligado a suministrar los servicios digitales

mo contrato que el televisor propiamente dicho, estaremos en puridad en presencia de un contrato mixto (compraventa y suministro)[200], en el que la

---

accesorios, cual acontece, por ejemplo, cuando ni la información precontractual ni las condiciones del vendedor de un reloj inteligente estipulan si el vendedor también es responsable del suministro de la aplicación para teléfonos inteligentes interconectada, lo que obliga a tener en cuenta las expectativas razonables del consumidor para bienes del mismo tipo. Así, trasladado al caso de las aplicaciones de una *Smart TV*, ambos autores mencionan el caso de *Netflix*, diferenciando entre la mera conectividad a dicha plataforma (que el consumidor puede legítimamente esperar al adquirir una televisión de este tipo) del acceso a este servicio de *streaming* como función típica de una *Smart TV* (con el que no parece que un consumidor medio y razonable pueda contar). Y ello en la medida en que no parece razonable que el consumidor pudiese resolver el contrato de compraventa del televisor o reducir el precio abonado si *Netflix* deviniese insolvente y dejase de prestar el servicio de *streaming* (*Cfr.* «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., pp. 272-274).

200. Imaginemos, por ejemplo, un caso el que la compra de un modelo de *Smart TV* de una marca concreta lleva asociada como promoción y de forma gratuita el acceso durante un determinado período de tiempo a un servicio de *streaming* que viene preinstalado, sin que tal acceso conste en el clausulado del contrato como parte de la compra, ni tampoco en su publicidad o información precontractual, operándose el suministro de dicho servicio de *streaming* por un tercero distinto del vendedor (como puede ser *Netlix*) en base a un código promocional de suscripción facilitado por el vendedor del televisor en el momento de la compra en virtud de un acuerdo suscrito entre dicho vendedor y la plataforma de *streaming*. En este caso, no hay dos contratos separados, sino únicamente un contrato de compraventa a resultas del cual el consumidor puede acceder a la plataforma –aunque tal extremo no forma parte *stricto sensu* del contrato concertado–, sin que el hecho de que el acceso a la plataforma de *streaming* resulte brindado por un tercero respecto al cual el vendedor actúa como intermediario o que el consumidor deba prestar su aprobación a un acuerdo de licencia con dicho tercero condicionen *per se* el régimen jurídico aplicable al contrato celebrado (*Cfr.* Arts. 3.4 DCSD y 3.3 DCV y Cdos. 21/22 DCSD y 15 DCV). Los autores que se han ocupado de la problemática relativa a interrelación entre los bienes con elementos digitales con la regla sobre los contratos mixtos del Art. 3.6 DCSD ponen diferentes ejemplos a efectos de ilustrar cuándo la adquisición de dichos bienes no estaría íntegramente sometida a las reglas de la Directiva de compraventa a pesar de que el contenido/servicio digital incorporado o interconectado se suministre al comprador en virtud del mismo contrato de compraventa. En este sentido se menciona la adquisición de los vehículos de *Tesla* junto con todos los contenidos/servicios digitales que llevan aparejados, o la adquisición de pulseras deportivas *inteligentes* cuya funcionalidad está supeditada a su vinculación con una *app* que se vende conjuntamente con dicha pulsera (poniendo de relieve en este caso cómo la aplicación en cuestión no es que brinde una funcionalidad ampliada a la pulsera, sino que es necesaria para poder usarla). *Vid.* a este respecto, entre otros, Mak, C., «The new proposal…», cit., p. 8; Sein, K., «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods: Goods with Embedded Digital Content in the Borderland between the Digital Content Directive and Normal Contract Law», *JIPITEC-Journal of*

adquisición del bien –el televisor en este caso– estaría sometida a las reglas de la Directiva de compraventa, mientras que la Directiva de suministro gobernaría el suministro de tal aplicación (Art. 3.6 y Cdo. 33 DCSD)[201]. Sin embargo, como se ha anticipado al contextualizar el tratamiento jurídico de los bienes con elementos digitales, la diferenciación entre la adquisición de tales bienes sometida a las reglas en materia de compraventa y la figura de los contratos mixtos y de los contratos vinculados o accesorios no resulta en absoluto clara o evidente.

4.2. Diferenciación de los contratos mixtos y accesorios o complementarios

La aplicación de la figura del contrato mixto a la adquisición de bienes con elementos digitales resulta problemática –particularmente en lo que respecta a las denominadas funcionalidades ampliadas o *ancillary digital services*[202]– por dos grandes motivos: por un lado, debido a la necesidad de interrelacionar las reglas de la Directiva de suministro acerca de los contratos mixtos y los contratos vinculados/accesorios/complementarios con el tratamiento de dichas cuestiones en la Directiva de compraventa, así como en la correlativa transposición de tales reglas al Derecho español; por otro lado, a resultas de la aplicación de la presunción instaurada en ambas Directivas acerca de la inclusión en el contrato de compraventa de los contenidos/servicios digitales asociados al bien adquirido, solución de cierre adoptada por el legislador que anticipa las dificultades que pueden suscitarse en algunos casos.

Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, Vol. 8, Issue 2, 2017, p. 99; Kalamees, P. y Sein, K., ob. cit., p. 16 (nota 34).

201. *Cfr.* Staudenmayer, D., «Article 3», *cit.*, p. 77.

202. No en balde las funcionalidades ampliadas no implican por definición la falta de funcionalidad del bien, presupuesto de la definición de los bienes con elementos digitales y del sometimiento de su adquisición a las reglas en materia de compraventa, lo que las hace especialmente propicias a caer dentro de la categoría del contrato mixto cuando su suministro deriva del contrato de compraventa celebrado. *Vid.* Barceló Compte, R. y Rubio Gimeno, G., ob. cit., pp. 16-19, quienes terminan concluyendo que hecho de que estemos en presencia de funcionalidades ampliadas o *ancillary digital services* no supone per se la entrada en juego de la regla del Art. 3.6 sobre los contratos mixtos, habida cuenta de que –como se ha destacado anteriormente (apartado III.3.1) con ocasión de analizar el sentido del requisito de funcionalidad a efectos de los Arts. 3.4 DCSD y 3.3 DCV– aun cuando se trate de funcionalidades ampliadas dichas funcionalidades pueden haberse integrado como parte del contrato de compraventa celebrado, en atención al propio clausulado del contrato, la publicidad del bien adquirido, etc.

Por lo que se refiere al primero de tales problemas, se ha destacado cómo la solución adoptada en ambas Directivas sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos generadores de obligaciones de distinta naturaleza o contratos mixtos (compraventa, suministro, servicios, etc.) no parece coincidente[203]. Como se ha avanzado, la Directiva de suministro elude la calificación jurídica unitaria del contrato celebrado en tal caso, desagregando el régimen aplicable a los distintos elementos u obligaciones que lo conforman (Art. 3.6 y Cdo. 33): compraventa a la adquisición del bien y suministro a los contenidos/servicios digitales incorporados/interconectados con tal bien. Sin embargo, la Directiva de compraventa no cuenta con una regla para los contratos mixtos equivalente a la instaurada en el referido Art. 3.6 DCSD, limitándose en su Cdo. 17 a precisar que «Cuando un contrato incluya elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional si la totalidad del contrato puede clasificarse como contrato de compraventa según la definición de la presente Directiva». De dicha fórmula se colige, pues, la libertad de los Estados miembros para el sometimiento del contrato mixto celebrado a un único régimen jurídico, particularmente el de la compraventa, distanciándose de la fórmula inicialmente prevista tanto en la Propuesta de Directiva de compraventa presentada en 2015 como en la Propuesta de compraventa común europea, siguiendo la estela de la Convención de Viena[204].

---

203. *Vid*. en particular a este respecto Arnau Raventós, L., «Bienes…», cit., pp. 5-8; y Arroyo Amayuelas, E., «Spain», cit., p. 630.

204. La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes de 2015 [COM(2015) 635 final] adoptada un enfoque para los contratos mixtos de compraventa y servicios equivalente al actualmente instaurado en el Art. 3.6 DCSD. Así, se infería claramente tanto del Cdo. 12 como del Art. 1.2 de la Propuesta, según el cual: «La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios a distancia para la prestación de servicios. No obstante, en el caso de los contratos que contemplen tanto la compraventa de bienes como la prestación de servicios, esta Directiva se aplicará a la parte relativa a la compraventa de bienes». Sin embargo, dicho enfoque fue abandonado con la aprobación de la Directiva 2019/771/UE, fruto –según apunta Staudenmayer, D.– de la insistencia de algunos Estados miembros, particularmente de los nórdicos adscritos al modelo de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (*Cfr.* «Article 3», cit., pp. 84 y 85). En este sentido, conviene recordar que la referida Convención extiende su ámbito de aplicación a los contratos de compraventa que comprendan la prestación de servicios, *siempre y cuando tales servicios no constituyan la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías* (Art. 3.2 CISG *a contrario sensu*). Pese a ello, el problema está en que la fórmula instaurada en el Cdo. 17 DCV no contiene –a diferencia de la Convención– precisión alguna acerca del peso que los servicios han de tener para que el contrato en su conjunto pueda catalogarse en su conjunto

Las posibles fricciones derivadas del enfoque adoptado en ambas Directivas se agravan además –a mayor abundamiento– por la dispar tipificación del contrato de compraventa apreciable en el vigente *acquis* de consumo. Así, la definición de dicho contrato prevista en la Directiva 2011/83/UE comprende *cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios* (Art. 2.5), mientras que la Directiva 2019/771/UE entiende –de forma más restringida– por contrato de compraventa *todo contrato en virtud del cual el vendedor transmite o se compromete a transmitir la propiedad de los bienes a un consumidor* (Art. 2.1). Además, la diferencia entre ambas definiciones no se limita al objeto del contrato de compraventa, sino que se extiende, asimismo,

como contrato de compraventa, limitándose en este punto a comprender la instalación de los bienes vendidos reconduciendo los problemas de instalación incorrecta a una falta de conformidad de los bienes (Cdos. 17, 34 y 40 y Art. 8 DCV). Con todo y pese al silencio del legislador europeo en este punto, lo cierto es que el enfoque de la Convención resulta igualmente aplicable a la Directiva 2019/771/UE, habida cuenta del planteamiento adoptado a este respecto por el Tribunal de Justicia bajo la vigencia de la anterior Directiva 1999/44/CE, según el cual la comprensión de los contratos mixtos de compraventa y servicios dentro del contrato de compraventa exige que tales servicios revistan carácter meramente accesorio [*Cfr.* STJUE de 7 de septiembre de 2017, *Heike Schottelius c. Falk Seifert*, C-247/16 (EU:C:2017:638)]. Por otro lado, cabe destacar que la catalogación como «accesorios» de los servicios prestados en los contratos de compraventa plantea, tanto en la Convención como en las normas comunitarias, la duda acerca de los criterios que deben manejarse a efectos interpretativos: porcentaje de los servicios objeto del contrato, valor económico de tales servicios respecto a la venta de los bienes, carácter esencial de los servicios prestados respecto en la conclusión de la venta, etc. En el caso de la Convención de Viena el criterio recomendado a emplear es el basado en el montante económico de los servicios prestados respecto al precio total del contrato (*Cfr. CISG Advisory Council Opinion No. 4: Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts*, 24 October 2004, *Rapporteur* Pilar Perales Viscasillas). La posibilidad de incardinar los *servicios relacionados* dentro del contrato de compraventa se preveía igualmente en la Propuesta de compraventa común europea, concretamente en su Art. 3.5(c), debiendo tener en cuenta a tales efectos la definición de dichos servicios prevista en el Art. 2(m) CESL (en el que se contemplaban determinadas exclusiones de servicios), pero la Propuesta articulaba un régimen específico para tales contratos mixtos en atención al tipo de obligación enjuiciada (Art. 9.1 CESL: diferenciando las obligaciones y remedios de las partes como comprador *vs* vendedor reguladas en la Parte IV y las referidas a los servicios, regidas por la Parte V). De esta forma, la diferencia capital con la Convención estribaba en que –pese a regirse los contratos mixtos por la CESL– la propia Propuesta articulaba un enfoque por partes (*split approach*), a semejanza de cuanto acontece con el Art. 3.6 DCSD. A propósito del régimen instaurado en la CESL *vid.* Schulte-Nölke, H., «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Article 9, Mixed-purpose contracts», en Schulze, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, C.H. Beck·Hart·Nomos, München, 2012, pp. 110 y ss.)

a la contraprestación a cargo del consumidor, dado que la Directiva 2011/83/UE no alude a que el consumidor pague o se comprometa a pagar precio, cual acontece en la Directiva 2019/771/UE[205], en lo que puede entenderse como un claro reconocimiento de la posibilidad –instaurada en la Directiva 2019/770/UE– de que el «precio» consista en el suministro de datos personales del consumidor[206].

No obstante, aun cuando en el Derecho español la definición de compraventa contenida en el Art. 59 *bis* (f) TRLGDCU se corresponde con la de la Directiva 2011/83/UE, por lo que, efectivamente, puede comprender un contrato mixto que incluya bienes y servicios [incluidos los digitales: Art. 59 *bis* (g) TRLGDCU][207], el carácter imperativo del Art. 3.6 DCSD excluye la posible tipificación del suministro de contenidos/servicios digitales operado en ejecución de dicho contrato mixto como compraventa a efectos de la aplicación de la Directiva 2019/771/UE[208]. Dado que no concurrirían los

205. *Cfr.* Arnau Raventós, L., «Bienes…», cit., pp. 6-7.

206. Nótese que la nueva definición del contrato de compraventa prevista en la Directiva 2011/83/UE deriva de las modificaciones operadas por la Directiva sobre modernización de los derechos de los consumidores 2019/2161/UE, una de cuyas finalidades pasa por garantizar la coherencia entre el ámbito de aplicación de la referida Directiva 2011/83/UE y la Directiva de suministro de contenidos y servicios digitales cuando el suministro se opera a cambio de datos personales (Cdos. 32 y 33 Directiva 2019/2161/UE). No en balde, en su versión inicial la Directiva 2011/83/UE sí que se refería al definir el contrato de compraventa a la necesidad de pago de un precio por parte del consumidor.

207. Debe tenerse presente que –de acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal de Justicia a propósito de la anterior Directiva de compraventa 1999/44/CE–, y tal como se ha apuntado previamente, la posibilidad de conceptualizar –*ex* Art. 59 *bis* TRLGDCU– como contrato de compraventa aquél en el que se comprenda no solo la adquisición de bienes sino también la prestación de servicios (incluidos los digitales) requeriría que la prestación de tales servicios revista carácter accesorio (como puede particularmente acontecer con los servicios digitales que confieren funcionalidades ampliadas o *ancillary digital services*), de tal forma que el objeto principal del contrato o su elemento predominante ha de consistir en la adquisición del bien en cuestión: STJUE de 7 de septiembre de 2017, *Heike Schottelius c. Falk Seifert*, C-247/16 (EU:C:2017:638), apartados 38 y 44. *Cfr.* Arroyo Amayuelas, E., «Spain», cit., p. 630. No obstante, la necesidad de que los servicios sean accesorios para que el contrato pueda calificarse como compraventa en su totalidad de acuerdo con la definición prevista en los Arts. 2.5 de la Directiva 2011/83/UE y 59 *bis* TRLGDCU 2.5 resulta una cuestión discutible, como destaca Arnau Raventós, L., «Transmisión onerosa de un producto y su conformidad con el contrato: una relectura de la STJUE de 7 de septiembre de 2017 (Asunto 247/16, *Schottelius*)», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 16, N.º 2, 2018, pp. 49 y ss.

208. *Cfr.*, entre otros, Staudenmayer, D., «Article 3», cit., pp. 77 y 85; y Arroyo Amayuelas, E., «Spain», cit., p. 630.

requisitos de los Arts. 3.4 DCSD y 3.3 DCV no estaríamos, pues, en puridad en presencia de un «contrato de compraventa de bienes con elementos digitales» al que resultasen de aplicación las disposiciones específicas en materia de falta de conformidad asociadas a tales bienes previstas en la Directiva de compraventa (Arts. 7.3, 8, 10, 11 y 18 DCV) y en su correspondiente transposición en el TRLGDCU y en el CCCat, sino las previstas con carácter general para el suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE[209]. Consecuentemente y *ex* Art. 3.6 DCSD la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales –en particular la derivada de las actualizaciones de los contenidos/servicios o la instalación incorrecta de los bienes– no sería imputable al vendedor sino al empresario responsable de tal suministro.

Distinto es el supuesto en el cual el suministro de contenidos/servicios digitales puede calificarse como accesorio o vinculado respecto de otro contrato –usualmente la compraventa en el caso de los bienes con elementos digitales– celebrado con el mismo empresario o con otro. Dicha hipótesis no se encuentra cubierta por el Art. 3.6 y el Cdo. 33 DCSD, sino por la fórmula instaurada en el Cdo. 34 DCSD, en tanto que no estamos en presencia de un único contrato (complejo/mixto) sino de dos o más contratos independientes[210], aun cuando tal diferenciación pueda antojarse problemática, a resultas de la referida posibilidad de que tanto en los contratos mixtos como en los vinculados/accesorios el objeto del contrato puede ser proporcionado por el mismo empresario o por un tercero[211]. Con todo, en este caso parece

209. Así, por ejemplo, al no tratarse de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales –sino de un contrato mixto– no resultaría de aplicación el régimen de responsabilidad específico para el suministro de las actualizaciones asociadas a los contenidos/servicios digitales asociados a tales bienes instaurado en el Art. 115 *ter* apartado 2(b) TRLGDCU, según el cual «… cuando el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales prevea un plazo de suministro continuo igual o inferior a tres años, el período de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega del bien». Además, cabe destacar que, en este punto, tanto el TRLGDCU como el Código Civil de Cataluña [Art. 621-20.6(b) CCCat] han ampliado el plazo de dos años previsto en la Directiva de compraventa 2019/771/UE (Arts. 7.3[b] y 10.2 DCV), haciendo uso de la facultad reconocida a los Estados miembros por el Art. 10.3 DCV. A propósito del plazo de dicha responsabilidad tanto en el TRLGDCU como en el CCCat *vid. infra* en detalle el Capítulo de la Profesora Arroyo Amayuelas (Apartado V.7.1).

210. *Cfr.*, entre otros, Staudenmayer, D., «Article 3», cit., p. 84; y Arnau Raventós, L., «Remedios por falta de conformidad…», cit., p. 99.

211. A mi parecer la diferenciación entre contratos mixtos y contratos vinculados/accesorios/complementarios basada en la existencia un único contrato o más de un contrato puede resultar potencialmente confusa y artificiosa. Así, en el caso particular de los

que la solución aplicable sería la misma que en los contratos mixtos: la aplicación de la Directiva de suministro a los contenidos y servicios digitales accesorios o vinculados y de la Directiva de compraventa a la adquisición del bien, visto que ambas prestaciones no derivan de un mismo contrato de compraventa (Arts. 3.4 DCSD y 3.3 DCV) y que –como se ha apuntado– la suscripción de un contrato independiente para el suministro de contenidos/servicios digitales distinto del de adquisición del bien es ejemplificada por ambas Directivas como supuesto paradigmático en el que la categoría de los bienes con elementos digitales no entra en juego (Cdos. 22 DCSD y 16 DCV), al margen de que dicho suministro tenga naturaleza accesoria/vinculada respecto al contrato de compraventa[212].

La Directiva 2019/770/UE remite a los Estados miembros la determinación de las condiciones que deben darse para la conceptualización de un contrato de suministro de contenidos/servicios digitales como vinculado o

---

bienes con elementos digitales cuando no se den los requisitos exigidos en los Arts. 2.3 DCSD y 2.5 DCV –en los términos previamente analizados: *vid. supra* Apartado III.4.1– puede ocurrir que el suministro de contenidos/servicios digitales incorporados o interconectados con el bien en cuestión no se supedite en su totalidad a la Directiva de compraventa, sino que: 1) Forme parte de un contrato mixto (Art. 3.6 DCSD) si es que tal suministro se incluye en un único contrato celebrado con el mismo vendedor o; 2) Tal suministro se articule como un contrato separado catalogado como vinculado/accesorio (Cdo. 34 DCSD), en cuyo caso tendremos dos contratos (uno principal y otro vinculado/accesorio). Sin embargo, la posibilidad de que tanto en el caso de los contratos mixtos como en de los contratos vinculados/accesorios los contenidos/servicios digitales incorporados/interconectados con el bien puedan ser suministrados por el propio vendedor o por un tercero (*Cfr.* Arts. 3.4 DCSD, 3.3 DCV y 2 de la Directiva 2011/83/UE en el caso de los contratos vinculados) difumina sobremanera tal diferenciación mixto *vs* vinculado, visto que la existencia de dos contratos no implica dos empresarios diferentes. No en balde, si el responsable del suministro de los contenidos/servicios digitales es el mismo sujeto que vende el bien (cual acontece, por ejemplo, en el caso de los vehículos de Tesla, cuyos servicios interconectados/incorporados al vehículo son suministrados por la misma compañía que vende el vehículo) la existencia de un contrato mixto o de un contrato vinculado depende únicamente de la voluntad del vendedor: si comprende el suministro de contenidos/servicios digitales dentro del propio contrato de compraventa del vehículo pero no se dan los requisitos de los Arts. 2.3 DCSD y 2.5 DCV estaremos en presencia de un contrato mixto; por el contrario, si dicho suministro se «articula» por medio de un contrato separado formaría parte de un contrato vinculado/accesorio, con las implicaciones que ello entraña, por ejemplo, en materia de ejercicio del derecho de desistimiento.

212. *Cfr.* Arnau Raventós, L., «Bienes…», cit., p. 8 y «Remedios por falta de conformidad…», cit., p. 99, enfatizando cómo el articulado de la Directiva 2019/770/UE no distingue en función de si el contrato de suministro es principal o accesorio respecto al contrato celebrado.

accesorio respecto de otro contrato «principal» celebrado por el consumidor (con el mismo empresario del contrato o con otro), las medidas correctoras exigibles en virtud de cada contrato y los efectos derivados de la terminación de uno de los contratos sobre el otro (Cdo. 34 y Art. 3.6 DCSD).

En el caso del Derecho español las normas relativas a tales contratos vinculados o accesorios se limitan a reproducir las reglas previstas en la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, Directiva en la que –dicho sea de paso– curiosamente no se habla de contratos vinculados o accesorios, sino de contratos «complementarios», con la consiguiente e indeseable disparidad terminológica en el *acquis* de consumo que ello denota. En este sentido, en correspondencia con el Art. 2(15) de la Directiva 2011/83/UE, el Art. 59 *bis* TRLGDCU define el *contrato complementario* –vinculado o accesorio según la terminología de la DCSD– como aquél en cuya virtud «… el consumidor y usuario adquiere bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, incluidos los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, y dichos bienes o servicios son proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario» [apartado 1.e)]. Como puede apreciarse, de dicha definición se infiere en todo caso la referida necesidad de estar en presencia de dos o más contratos para que la categoría del contrato complementario/accesorio/vinculado entre en juego, a diferencia de cuanto acontece en los contratos mixtos, en los que tenemos un único contrato cuyo objeto comprende prestaciones de naturaleza dispar.

Excepción hecha de la prolija regulación específica aplicable a los viajes vinculados, prevista en los Arts. 150 y ss. TRLGDCU en transposición de la vigente Directiva 2015/2302/UE relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, desde el punto de vista sustantivo, la regulación de los contratos complementarios en el TRLGDCU se limita –a resultas de la transposición del Art. 15 de las Directivas 2011/83/UE y 2008/48/CE relativa los contratos de crédito al consumo y del Art. 27 de la nueva Directiva 2023/2225/UE– a las previsiones contenidas en el Art. 76 *bis*, relativos a los efectos que el ejercicio del derecho de desistimiento sobre el contrato principal (aspecto no regulado en la Directiva de suministro[213]) tiene en los contratos complementarios: la extinción automática de estos últimos[214], con algunos matices respecto de los contratos de crédito al consumo vincula-

213. *Cfr.* Cdo. 20 DCSD.

214. De acuerdo con el Art. 76 *bis* TRLGDCU, apartado 1, «… el ejercicio, por parte del consumidor y usuario de su derecho de desistimiento conforme a las disposiciones de esta

dos[215] –dotados de una definición autónoma[216]– y de los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento[217].

Dicha regla, extrapolada a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales complementarios implica, lógicamente, que el desistimiento por el consumidor del contrato principal respecto al cual el suministro resulta complementario –accesorio o vinculado como se ha dicho según la terminología de la DCSD– *tendrá por efecto la extinción automática y sin coste alguno* del contrato de suministro complementario, siempre y cuando –claro está– el suministro en cuestión no encaje dentro de las excepciones al derecho de desistimiento previstas en los Arts. 16 de la Directiva 2011/83/UE y 103 TRLGDCU, letras a), i) y m)[218] y salvaguardando las disposicio-

---

ley, tendrá por efecto la extinción automática y sin coste alguno para el consumidor y usuario de todo contrato complementario».

215. *Cfr.* Arts. 77 TRLGDCU y 29.2 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

216. Definición prevista en el Art. 29.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, a cuyo tenor: «Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo». Además, debe tenerse en cuenta que dicho precepto prevé, asimismo, que «El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurran todos los requisitos siguientes: a) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato; b) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho».

217. Respecto de los cuales el propio Art. 76 *bis* TRLGDCU (apartado 1 *in fine*) contempla la asunción por el consumidor de los costes previstos en los Arts. 107.2 y 108 TRLGDCU en caso de desistimiento del contrato «principal», sin perjuicio de que dicho desistimiento implique igualmente la extinción automática de los contratos complementarios (art. 76 *bis*, apartados 1 y 5).

218. Nótese que una de las modificaciones operadas por la Directiva 2019/2161/UE sobre modernización de los derechos de los consumidores (Art. 4) en la Directiva 2011/83/UE viene referida precisamente a la expresa inclusión de algunos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales dentro de las excepciones al derecho de desistimiento previstos en el Art. 16 de esta última, concretamente a través de la modificación del tenor literal de sus apartados a) relativo a los contratos de prestación de servicios y m) relativo a los contratos de suministro de contenidos digitales que no prestan en soporte material. Tales modificaciones efectuadas en las excepciones al derecho de desistimiento previstas en el referido Art. 16 de la DDC por la Directiva 2019/2161/

nes específicas sobre costes asociados al desistimiento aplicables cuando el suministro se instrumente –cual acontecerá frecuentemente– a través de contratos celebrados a distancia o celebrados fuera de establecimiento (Arts. 76 *bis*, 107.2 y 108 TRLGDCU).

Más allá de tales reglas acerca del derecho de desistimiento tanto el TRLGDCU como el Derecho catalán prescinden de reglas específicas sobre los restantes aspectos relativos a los contratos complementarios cuya regulación el referido Cdo. 34 DCSD remite a los Estados miembros, es decir, en lo que concierne a las medidas correctoras que el consumidor puede exigir en virtud de cada contrato, o los efectos que la terminación del contrato con el que interactúan tales contratos accesorios/vinculados/complementarios tiene sobre estos últimos, con la consiguiente laguna que ello implica. Dicha laguna resulta igualmente extrapolable a los contratos mixtos[219], respecto de los cuales carecemos de reglas expresas a tales efectos, excepción hecha de los contratos mixtos referidos a los paquetes –previamente analizados– en los que el suministro de contenidos y servicios digitales se combina con servicios de acceso a internet o de comunicaciones interpersonales basados en numeración[220], habida cuenta de la regla específica prevista en el Art. 107.2 de la Directiva 2018/1972/UE oportunamente transpuesto en nuestro ordenamiento en el Art. 71.2 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones[221].

Por último y en segundo lugar, dado que –como se ha apuntado– la determinación de lo que a la vista del contrato celebrado el consumidor puede razonablemente esperar acerca de las funcionalidades del bien adquirido con elementos digitales incorporados/interconectados –y, por ende, el cumplimiento con los requisitos anteriormente analizados de los Arts. 3.4 DCSD y 3.3 DCV– puede resultar complicada, suscitando la duda acerca de si estamos en presencia de un contrato mixto o complementario susceptible de

---

UE han sido oportunamente transpuestas al Art. 103 TRLGDCU por medio del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre (Libro Sexto).

219. *Cfr.* Arroyo Amayuelas, E., «Spain», cit., pp. 630-631.

220. *Vid. supra* Apartado III.2.

221. De acuerdo con dicho Art. 71.2 LGTEL, dedicado a los denominados *contratos empaquetados*: «Cuando el consumidor tenga derecho a rescindir cualquier elemento del paquete de servicios o del paquete de servicios y equipos terminales contratado antes del vencimiento del plazo contractual, ya sea por razones de falta de adecuación con el contrato o ya sea por incumplimiento del suministro de los servicios, el consumidor tiene derecho a rescindir el contrato íntegro respecto a todos los elementos del paquete de servicios».

incardinarse en las reglas del Art. 3.6 y Cdo. 34 DCSD. Precisamente por tales dificultades –y a modo de cierre– tanto la Directiva de suministro como la de compraventa establecen que en caso de duda *se presumirá que el contenido o servicio digital incorporado o interconectado con el bien está comprendido en el contrato de compraventa* (Art. 3.4 y Cdo. 21 DCSD y Art. y Cdo. 16 3.3 DCV)[222], aun cuando tal solución no confiere necesariamente un *status* más ventajoso al consumidor[223]. Con ello se evidencia de nuevo la clara predisposición del legislador de subsumir, en la medida de lo posible, la adquisición de los bienes con elementos digitales en un único conjunto normativo: el propio de la compraventa de la Directiva 2019/771/UE, confiriendo primacía al *hardware* (el bien) sobre el *software* (el contenido/servicio digital) y trasladando tal primacía a la conceptualización jurídica del contrato concertado en caso de duda (como compraventa y no como suministro), salvo que la puesta a disposición del consumidor de los bienes con elementos digitales se articule a través de otro tipo contractual –como, por ejemplo, el alquiler–, en cuyo caso estaremos en presencia de un contrato mixto regido por el Derecho nacional en la parte no correspondiente al suministro[224].

El alcance práctico de la posibilidad de desvirtuar dicha presunción *iuris tantum* parece limitado[225], visto que el mero hecho de que el suministro sea

---

222. *Cfr.* Aguilera Ruiz, L., «La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770», *La Ley Unión Europea*, N.º 75, 2019, p. 5.

223. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, N.º 9881 (Sección Tribuna), 29 de junio de 2021, p. 12, quien apunta a tales efectos tanto «…la dificultad del vendedor de poner los bienes en conformidad cuando lo que falla es el contenido o servicio digital, como la ausencia de ciertas reglas que pueden resultar más beneficiosas para el consumidor que concertó un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales».

224. *Cfr.* STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», cit., p. 78.

225. Pese a que las Directivas de compraventa y de suministro emplean la expresión *se presumirá*, no han faltado quienes, como GARCÍA GOLDAR, entienden que la regla instaurada en los 3.4 DCSD y 3.3 DCV no implica *stricto sensu* presunción alguna, sino que se trata de una *regla supletoria* cuya aplicación no implica que existan dudas (aun cuando ambas Directivas expresamente aluden a tales dudas), sino que no ha podido demostrarse ni una cosa ni la contraria, esto es, no ha podido demostrarse que concurran los requisitos para que el suministro del contenido/servicio incorporado o interconectado con el bien forme parte del contrato de suministro o se comprenda dentro del contrato compraventa [*Cfr.* GARCÍA GOLDAR, M., ob. cit., pp. 89-90]. A mi modo de ver dicho razonamiento no resulta convincente, pues si efectivamente no puede demostrarse ni una cosa ni la contraria es porque existen dudas o lagunas al respecto, a resultas de lo cual el legislador presume (aun cuando no sea 100% cierto) que

operado por un tercero con el que se suscribe *un acuerdo de licencia* –un indicio que podría ser de gran utilidad para desbaratar tal presunción– en nada empece la aplicación de la Directiva de compraventa[226], como expresamente se corrobora no solo en los ejemplos manejados en los Considerandos de ambas Directivas sino en su propio articulado[227]. Además, a ello se suma en el caso del Derecho español la ausencia de transposición de dicha presunción en el TRLGDCU ni de referencia alguna a la misma en el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril[228], a diferencia de cuanto acontece con el modelo adoptado por el legislador catalán[229], que expresamente la incorpora en el Art. 621-3.3 CCCat, precisando –como se ha apuntado– su aplicabilidad con independencia de que los elementos digitales *sean suministrados por el vendedor o por un tercero*.

4.3. Responsabilidad por los daños causados por los contenidos y servicios digitales suministrados, incorporados o interconectados

Las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE se limitan a disciplinar las consecuencias «contractuales» derivadas del suministro de contenidos y servicios digitales y de la adquisición de bienes (incluidos aquéllos con elementos digitales), focalizándose en la responsabilidad asociada a su falta de conformidad, que en el caso particular de los bienes con elementos digitales y excepción hecha de los contratos mixtos/vinculados recae con carácter general –como se ha apuntado– en el vendedor (Art. 10 DCV)[230].

Por el contrario, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores tanto por los contenidos y servicios digitales

---

el suministro se comprende en el contrato de compraventa. Sea como fuere, la virtualidad práctica de dicho debate no parece que tenga mayor recorrido, pues la ausencia de demostración de la concurrencia de los requisitos necesarios para que el suministro de los contenidos incorporados/interconectados a un bien con elementos digitales se conceptualice como un contrato separado implica el sometimiento de la adquisición del bien y del suministro asociado a la disciplina de la Directiva de compraventa, sea por una presunción o por la aplicación –como defiende la autora– de una *regla supletoria*.

226. *Cfr.* STAUDENMAYER, D., «Article 3», cit., p. 78

227. *Cfr.* Art. 3.4 y Cdo. 21 DCSD y Art. 3.3 y Cdo. 15 DCV.

228. *Cfr.* ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor…», cit., p. 16.

229. *Cfr.* Arnau Raventós, L. y Gramunt Fombuena, M., «La regulación del contrato de compraventa…», cit., p. 99.

230. *Cfr.* Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 271.

suministrados como por los bienes con elementos digitales adquiridos es una cuestión que escapa al objeto de regulación de ambas Directivas, aun cuando tales daños tengan su origen en una falta de conformidad, manteniendo incólume el régimen instaurado a tales efectos en la inveterada Directiva 85/374/CE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como en las respectivas reglas generales en materia de responsabilidad contractual y extracontractual previstas en los ordenamientos nacionales, a las que ambas Directiva se remiten este punto.

En el caso particular de los bienes con elementos digitales dicha exclusión de los daños y perjuicios derivados de la adquisición de dichos bienes del ámbito material de aplicación de la DCSD resultaba expresamente corroborada en su momento en la Propuesta de Directiva presentada[231], en tanto que en ella se aludía expresamente a la conveniencia de disciplinar de forma independiente el régimen de responsabilidad de los dispositivos *IoT* (*Internet of Things*), pese a reconocer la importancia que los contenidos digitales tienen en relación con tales dispositivos (Cdo. 17[232]). Asimismo, la Propuesta contemplaba la responsabilidad del proveedor «…por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos» (limitándose pues a los daños «materiales» y orillando los daños personales e «inmateriales» –incluidos los morales– cubiertos por la Directiva 85/374/CE[233]), remitiendo a los

231. *Vid.* Staudenmayer, D., «Article 3», cit., p. 90.

232. El referido Cdo. 17 de la Propuesta destacaba cómo «Los contenidos digitales son muy relevantes en el contexto de la "internet de las cosas". Sin embargo, conviene abordar cuestiones específicas de responsabilidad relacionadas con la "internet de las cosas", incluida la responsabilidad por los contratos de datos y de máquina a máquina de forma separada». No en balde, uno de los principales objetivos de dichos dispositivos (caso, por ejemplo, las pulseras deportivas) es la recopilación de datos, por lo que *a priori* los servicios a ellos aparejados entrarían dentro de la definición de «servicio digital» del Art. 2.2 DCSD –en tanto que permiten la creación, tratamiento o almacenamiento de datos en forma digital–, con su consiguiente subsunción «teórica» en el ámbito de aplicación de la Directiva de suministro. *Vid.* en tal sentido Mak, C., ob. cit., p. 31.

233. *Cfr.* Art. 9 de la Directiva 85/374/CE, así como el comentario crítico a la transposición e interpretación doctrinal de la extensión de los conceptos indemnizatorios cubiertos por dicha Directiva 85/374/CE a la luz de las reglas contenidas en los Arts. 128 y 129 TRLGDCU efectuado por Martin Casals, M., «Comentario a los Arts. 128 y 129», en Cañizares Laso, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 1897 y ss., en el que se analiza la confusión existente acerca de la –a su parecer– errónea exclusión que parece desprenderse de los daños morales a la vista de la regla contenida en el párrafo segundo de

Estados miembros la regulación de las condiciones para el ejercicio de dicho derecho a reclamar daños y perjuicios (Arts. 2.5 y 14 de la Propuesta[234]).

Tales referencias a la responsabilidad por los daños causados por los contenidos y servicios digitales desaparecieron del articulado del texto finalmente aprobado de la Directiva 2019/770/UE, planteamiento que se reproduce igualmente en la Directiva de compraventa 2019/771/UE, limitándose ambas a reconocer en sus Considerandos previos el derecho de los consumidores a obtener una indemnización en concepto de los daños y perjuicios causados por la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales suministrados o los bienes adquiridos (incluidos los bienes con elementos digitales), o por el incumplimiento del contrato por el empresario o vendedor (Cdos. 73 DCSD y 61 DCV). No obstante, ni la Directiva de suministro ni la de compraventa desarrollan dicho derecho de los consumidores a ser indemnizados por los daños y perjuicios «contractuales» derivados de la falta de conformidad o incumplimiento del contrato celebrado, aspecto cuya regulación se remite a los respectivos ordenamientos nacionales, so pretexto de que «…ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros», motivo por el cual se excluye expresamente de su ámbito material de aplicación (Arts. 3.10 DCSD y 3.6 DCV).

El planteamiento adoptado en este punto en ambas Directivas resulta, a mi parecer, problemático, en tanto que no permite clarificar adecuadamente el alcance de dicho derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados por la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales suministrados y los bienes adquiridos –derecho que, pese a remitir a los respectivos Estados miembros, ambas Directivas parecen imponer y dar

---

dicho Art. 128 TRLGDCU, equivalente al Art. 13 de la Directiva 85/374/CE (particularmente de aquellos daños morales asociados a la muerte, lesiones corporales y daños a las cosas cubiertos por la Directiva, distintos de los que se denominan como «daños morales puros» derivados producidos al margen de un daño corporal a la persona del perjudicado o a sus cosas). De hecho, y como dicho autor destaca, la inclusión de los daños morales o extra-patrimoniales dentro del ámbito material de aplicación de las reglas relativas a los daños causados por productos defectuosos del TRLGDCU ha sido corroborada por nuestro Tribunal Supremo, caso, por ejemplo, de las SSTS de 9 de febrero de 2010 (RJ 2011, 1408), 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4989) o 1 de marzo de 2021 (RJ 2021, 881).

234. De acuerdo con el Art. 2.5 de la Propuesta tal indemnización por daños y perjuicios se definía como «suma en dinero a la que pueden tener derecho los consumidores como compensación por el daño causado a su entorno digital», dejando pues fuera de su ámbito de aplicación, como se ha apuntado, las indemnizaciones por otros conceptos (daños corporales/inmateriales).

por sentado, inclusive su alcance concretado en el interés contractual positivo[235]–, ni tampoco su articulación con las normas nacionales y europeas que –con carácter general– disciplinan las indemnizaciones, tanto contractuales como extracontractuales, por tales daños.

Nótese que en este punto ninguna de las dos Directivas se refiere a su régimen de interacción con la Directiva de productos defectuosos 85/374/CE (DPD) y su correlativa transposición en los Estados miembros (Arts. 135 y ss. TRLGDCU), lo que sin duda obedece al hecho de que la responsabilidad instaurada en esta última es de naturaleza extracontractual, habida cuenta de que los daños y perjuicios ocasionados por los productos defectuosos *no seguros* –tanto materiales como inmateriales (Art. 9 DPD)– se atribuyen inicialmente al productor (Art. 1 DPD) con el que en la práctica totalidad de los casos el consumidor no entabla relación contractual alguna, y tan solo subsidiariamente al suministrador del producto en cuestión con el que el consumidor contrata[236] (Art. 3.3 DPD).

---

235. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., p. 23; y SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital…», cit., p. 76.

236. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y más concretamente de la STJUE de 2 de diciembre de 2009, *Aventis Pasteur SA c. OB*, C-358/08, EU:C:2009:744, la responsabilidad del suministrador del producto *ex* Art. 3.3 de la Directiva 85/374/CE se limita a los supuestos en los cuales, habida cuenta de las circunstancias del caso en particular, la víctima no puede razonablemente identificar al productor dantes de ejercitar sus derechos frente al suministrador (apartado 55 de la Sentencia). Por ello el Tribunal de Justicia ha declarado contrarias a la Directiva aquellas leyes de transposición que, como la francesa o la griega, optaron originariamente por extender al suministrador el mismo régimen general de responsabilidad aplicable a los fabricantes (SSTJUE 25 de abril de 2002, asuntos C-52/00 y C-154/00). Por lo demás, a nivel interno el carácter extraordinario de la responsabilidad del suministrador por los daños causados por productos defectuosos ha sido subrayada, asimismo, por la jurisprudencia de nuestro país, caso últimamente de la STS de 21 de enero de 2020 (JUR 2020, 23052), so pretexto de argumentos como el encarecimiento para los consumidores del coste final de los productos comercializados (FJ 3.º). A propósito de dicho carácter subsidiario de la responsabilidad del suministrador en la Directiva 85/374/CE *vid.*, entre otros, Janssen, A., Schulze, R. y and Machnikowski, P., «The Content of the Product Liability Directive», en Machnikowski, P. (Ed.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2016, pp. 67-71; y Solé I Feliú, J., «Responsabilidad del suministrador y daños causados por productos defectuosos. Comentario a la STS de 21 de enero de 2020», *CCJC*, N.º 114, 2020, pp. 345 y ss. No obstante, el modelo adoptado por la Directiva resulta compatible con la posibilidad de los Estados miembros de imputación de la responsabilidad al proveedor basadas en la culpa o la existencia de vicios, tal y como el propio Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de destacar (SSTJUE de 25

Dado que los conceptos de producto/servicio/contenido «no conforme» y «defectuoso» no son excluyentes entre sí sino que –como evidencia la denominada *malfunction theory*– pueden solaparse en la práctica[237] (como por lo demás parece evidenciar la interrelación entre los Arts. 116 y 128 TRLGDCU[238]) la necesidad de esclarecer el régimen de interacción entre tales normas se antoja sumamente procedente, sobre todo en lo que atañe

---

de abril de 2002, *María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana S.A.*, C-183/00, EU:C:2002:255; y de 10 de enero de 2006, *Skov Æg c. Bilka Lavprisvarehus A/S*, C-402/03) y se aprecia claramente a mayores en el Derecho español con el expreso reconocimiento de la responsabilidad autónoma del proveedor doloso en el Art. 146 TRLGDCU (Parra Lucán, M.ª A., *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, pp. 156 y ss.).

237. La problemática relativa a la aplicación de la denominada *malfunction theory* a los daños causados por productos «tecnológicos» –en particular por el *software*– no resulta en absoluto novedosa, como evidencian, entre otros, los trabajos de NYCUM, «Liability for Malfunction of a Computer Program», *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 7, Issue 1, 1979, pp. 1 y ss.; o GEMIGNANI, M. C., «Product Liability and Software», *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 8, Issue 2, 1981, pp. 173 y ss. En particular, a propósito de la aplicabilidad de dicha teoría en el Derecho europeo y español a la luz de la Directiva 1985/374/CE *vid.* en detalle, entre otros muchos, SOLÉ I FELIÚ, J., *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 766 y ss.; GONZÁLEZ POVEDA, P., «La responsabilidad del fabricante frente a terceros», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 2008, Bosch, Barcelona, 2008, p. 841; o SALVADOR CODERCH, P., «Defectos de producto», en Salvador Coderch, P. y Gómez Pomar, F. (Dirs.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 139-140. Como destaca el último de los autores citados, eso fue lo que aconteció, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la STS de 31 de julio de 1997 (RJ 1997, 5617) en relación con unos insecticidas que dañaron la cosecha del demandante por no resultar efectivos.

238. Nótese que el Art. 116 TRLGDCU expresamente reconoce la compatibilidad de los derechos de los consumidores asociados a la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales y de los bienes adquiridos regulados en el Título IV del Libro II de dicho TRLGDCU (Arts. 114 y ss.) con la indemnización de los daños y perjuicios derivados de dicha falta de conformidad previstos en la legislación civil y mercantil. Por su parte, el Art. 128 TRLGDCU tras establecer el derecho de los consumidores a ser indemnizados en los términos establecidos en el propio TRLGDCU –en transposición de la Directiva 85/374/CE– por los daños y perjuicios causados por los bienes o servicios defectuosos, destaca expresamente a continuación la compatibilidad de las acciones por los daños causados por productos defectuosos con aquellas que correspondan al perjudicado por los daños experimentados por la responsabilidad contractual fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar, recociendo pues la doble vertiente defectuoso/no conforme de los productos, contenidos o servicios en materia de daños y perjuicios derivados de su adquisición o suministro.

a los contenidos y servicios digitales y a los bienes con elementos digitales, en los que la incidencia de la falta de conformidad o carácter defectuoso del *software* en los daños ocasionados resultará en muchos casos determinante, como se aprecia en el enfoque adoptado en la actual Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos[239]. Problema éste que se agrava teniendo en cuenta que los contenidos/servicios digitales incorporados o interconectados con el bien adquirido son en muchos casos desarrollados o facilitados por un sujeto distinto del vendedor/suministrador, aspecto que las Directivas de compraventa y suministro consideran irrelevante en materia de falta de conformidad[240], pero que respecto a las indemnizaciones de daños y perjuicios ocasionados por los bienes con elementos digitales, contenidos o servicios digitales puede revestir una importancia capital.

Pensemos, por ejemplo, en los sistemas «digitales y autónomos» de ayuda a la conducción de un vehículo que no funcionan adecuadamente y provocan un accidente de tráfico (*malfunction theory*), con los consiguientes daños tanto materiales como corporales ocasionados al consumidor que ello implica[241]. ¿Encaja dicho supuesto en la fórmula de los referidos Cdos. 73

239. COM/2022/495 final. A propósito del nuevo enfoque adoptado en dicha Propuesta en este punto *vid.* Spindler, G., «Different approaches for liability of Artificial Intelligence – pros and Cons», en Lohsse, S., Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Liability for AI, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 45-46.

240. *Cfr.* Cdo. 21 y Art. 3.4 DCSD y Cdos. 15, 30 y 63 y Art. 3.3 DCV.

241. A pesar de que los «vehículos autónomos» constituyen un ejemplo paradigmático de *bienes con elementos digitales* resulta obvio que el análisis detallado de la problemática relativa a los daños causados por tales vehículos escapa del alcance del presente capítulo, vista las dispares implicaciones que el régimen aplicable a los accidentes derivados de la circulación entraña. Baste a los efectos que aquí interesan que la subsunción de los daños derivados del funcionamiento defectuoso de los sistemas asociados a dichos vehículos dentro del ámbito de aplicación de la referida Directiva 1985/374/CE suscita múltiples problemas. *Vid.* a este respecto, entre otros muchos, PATTI, F. P., «The European Road to Autonomous Vehicles», *Fordham International Law Journal*, Vol. 43, 2019, pp. 136 y ss., con abundantes referencias bibliográficas (tanto a nivel europeo como norteamericano); NAVARRO MICHEL, M., «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto defectuoso», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 7, N.º 5 (octubre-diciembre), 2020, pp. 175 y ss.; Núñez Zorrilla, C., «La nueva Directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 796, 2023, pp. 801 y ss.; y con carácter monográfico ELIZALDE SALAZAR, I., *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, en particular las consideraciones efectuadas en el Capítulo 4.

DCSD y 61 DCV o, por el contrario, en tal caso el régimen de responsabilidad aplicable debe directamente instrumentarse a través de las reglas de la Directiva 1985/374/CE? La respuesta a tal problema no resulta sencilla, dado que ambas opciones plantean no pocos problemas prácticos, tanto desde un punto de vista general (en relación con cualesquiera productos/servicios) como en lo que atañe a su proyección al caso particular de los contenidos o servicios digitales (ya se trate de su suministro o de su incorporación o interconexión a bienes con elementos digitales).

Así, si se concluye que el régimen aplicable a tales daños ocasionados por un bien con elementos digitales (el vehículo con sistemas de ayuda a la conducción que no funcionan adecuadamente) debe dirimirse según las reglas existentes en los respectivos Estados miembros según los Cdos. 61 DCV y 73 DCSD, nos encontramos con que las reglas aplicables en tal caso en el Derecho español resultan inciertas. Y ello en la medida en que el TRLGDCU no contempla un régimen *ad hoc* de responsabilidad del vendedor/suministrador por los daños ocasionados por un bien (con o sin elementos digitales), contenido o servicio digital no conforme, remitiéndose en este punto a las reglas generales previstas en la *legislación civil y mercantil* (Arts. 116, 117.1 *in fine* y 128 TRLGDCU), con la consiguiente inseguridad que ello supone respecto a la interrelación entre los remedios del consumidor por la falta de conformidad instaurados en las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE y las indemnizaciones de daños y perjuicios –tanto contractuales como extracontractuales– derivadas de tal falta de conformidad[242].

En el plano de la responsabilidad contractual y de acuerdo con los Arts. 116 y 128 TRLGDCU, los daños de todo tipo ocasionados al consumidor a resultas de la falta de conformidad de los bienes-con o sin elementos digitales–, contenidos y servicios adquiridos/suministrados podrían (a semejanza de cuanto acontece *ex* Arts. 10 DCV y 11 DCSD con la falta de conformidad propiamente dicha) imputarse directamente al vendedor, no en base a las reglas previstas en el propio TRLGDCU sino del Art. 1101 CC[243] o del régi-

242. *Cfr.*, entre otros, Castilla Barea, M., ob. cit., pp. 252-254, criticando la remisión de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad a los ordenamientos miembros prevista en el Cdo. 61 DCV y consiguiente indefinición aparejada que tal remisión implica; así como, haciéndose eco de las críticas apuntadas por dicha autora, Gómez Pomar, F., «Viejos y nuevos problemas…», cit., p. 505, nota al pie 17.

243. *Cfr.* SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital…», cit., 2021, p. 76. *Vid.* en detalle a este respecto TORRELLES TORREA, E., «Artículo 117», en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1083-1086.

men específico del saneamiento por vicios ocultos de los Arts. 1484 y ss. CC[244] (cuya compatibilidad, curiosamente, expresamente se reconoce en la Directiva 2019/771/UE[245]), independientemente de que tales daños tengan su origen en el contenido/servicio digital incorporado o interconectado fabricado/desarrollado por un tercero, aunque sin perjuicio en tal caso del reconocimiento de la posibilidad de ejercicio de la posterior acción de regreso del vendedor/empresario frente a dicho tercero productor[246].

Dicha acción de regreso por las indemnizaciones abonadas por el vendedor/empresario por los daños derivados de la falta de conformidad no

244. *Cfr.* MartÍn Casals, M., «Comentario…», cit., p. 1906. Es importante destacar que, con anterioridad a la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2021, originariamente la imposibilidad de recurrir a las acciones derivadas del saneamiento se encontraba en el Art. 117.1 TRLGDCU en el que se reconocía igualmente el derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. Sin embargo, actualmente el Art. 117.1 TRLGDCU sigue reconociendo tal derecho a ser indemnizado, pero la exclusión de las acciones derivadas del saneamiento se encuentra en el Art. 116 TRLGDCU, conectándose con la incompatibilidad entre las acciones por falta de conformidad previstas y desarrolladas en el propio Texto Refundido (reducción, resolución, sustitución, etc.) y las propias del saneamiento. A mi parecer, dicho cambio normativo de sistematización/ubicación de las reglas del Texto Refundido deja sin efecto la exclusión de las acciones edilicias predicadas con anterioridad a la reforma por buena parte de la doctrina. *Vid.* a este respecto TORRELLES TORREA, E., ob. cit., p. 1083 y bibliografía citada por la autora.

245. *Cfr.* Cdo. 18 y Art. 3.7 DCV y Art. 116 TRLGDCU. A propósito de dicha compatibilidad, prevista en la Directiva 2019/771/UE, entre el régimen de la falta de conformidad (*lex specialis*) y el recurso el consumidor a las acciones edilicias por vicios ocultos *vid.*, entre otros, GÓMEZ POMAR, F., «El nuevo derecho europeo…», cit., p. 5. *Vid.*, asimismo, a este respecto, si bien en relación no solo a la Directiva 2019/771/UE sino también a propósito de la Directiva 2019/770/UE GSELL, B., «Time limits remedies of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 101 y ss. Respecto al alcance y limitaciones asociadas a la posibilidad del consumidor de recurrir al saneamiento por vicios ocultos en lugar de a los remedios específicos introducidos por la Directiva 2019/771/UE *ex* Art. 3.7, a la luz de dicho Art. 116 TRLGDCU *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor…», cit., pp. 110-113.

246. Así lo estima, por ejemplo, Lete Achirica, J., cuando a propósito de analizar el derecho de los consumidores a ser indemnizados por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad previsto en el Art. 116 TRLGDCU destaca cómo «…aunque el derecho a ser indemnizado se atribuye al consumidor, también podrá solicitar daños el empresario que responde frente al consumidor, contra el tercero causante de la falta de conformidad» [«Comentario al Art. 116», en Cañizares Laso, A. y Zumaquero Gil, L. (Dirs.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1701].

coincide, sin embargo, con la prevista en los Arts. 18 DCV y 20 DCSD, cuyo ámbito material de aplicación se limita a las cantidades asociadas al ejercicio por el consumidor de los remedios que ambas Directivas le reconocen por la falta de conformidad propiamente dicha (reparación, sustitución, reducción del precio y resolución) y de suministro/entrega (solicitud de cumplimiento y en su defecto resolución), sin comprender los daños derivados de la falta de conformidad[247]. Ello no empece, sin embargo, la libertad de los Estados miembros de configurar dicha acción de regreso en términos más amplios, extendiéndola-Arts. 3.10 DCSD y 3.6 DCV y Cdos. 61 DCV y 73 DCSD– a las indemnizaciones abonadas por los daños asociados a la falta de conformidad[248], posibilidad de la que no ha hecho uso el legislador español (visto el tenor literal de los Arts. 116 y 125.2 TRLGDCU), a diferencia de cuanto acontece con la extensión de la responsabilidad por la falta de conformidad *stricto sensu* frente al productor prevista en el apartado primero del Art. 125 TRLGDCU y expresamente posibilitada por los Cdos. 18 DCV y 12 DCSD.

Así pues, desde el punto de vista contractual el derecho del consumidor a la indemnización por parte del vendedor o empresario de los daños derivados de la falta de conformidad que los Cdos. 61 y 73 de las Directivas de compraventa y suministro dan por cierto en todos los Estados miembros efectivamente existe en nuestro ordenamiento, pero con unos contornos sumamente difusos en su articulación práctica que derivan de la mera remisión normativa que los Arts. 116, 117.1 y 128 TRLGDCU efectúan a tales efectos a *la legislación civil y mercantil*[249].

Otro tanto acontece con la responsabilidad extracontractual por los daños derivados de la falta de conformidad e los bienes, contenidos y servicios adquiridos por el consumidor a la que dichos Arts. 116 y 128 TRLGDCU también aluden, cuyo régimen se remite igualmente a la normativa general (*vgr*. Art. 1902 CC). El Texto Refundido se limita a regular en sus Arts. 132 y ss. –en transposición de la Directiva 1985/374/CE– la responsabilidad extracontractual por los daños causados por productos defectuosos no

247. *Cfr.* MOŽINA, D., «Art. 20», en Schulze, R.y Staudenmayer, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C.H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 323 y 324.

248. MOŽINA, D., ob. cit., p. 324.

249. Como destaca a este respecto CÁMARA LAPUENTE, S. «Si el legislador español en el futuro aportase alguna pauta al efecto, sin duda se reduciría la incertidumbre jurídica que ocasiona relegar a los tribunales la consolidación de ese régimen de los daños y perjuicios sobre la pura base del Derecho civil común» («Un primer balance…», cit., pp. 23-24).

seguros, diferenciando entre el régimen aplicable a los daños por la falta de conformidad por no resultar adecuados al uso contractualmente previsto (Art. 128 párrafo segundo) y los daños derivados del carácter defectuoso –entendiendo por *defecto* su falta de seguridad[250]– de los bienes, contenidos y servicios comercializados[251] (párrafo primero del Art. 128). Y ello a pesar de que –como se ha apuntado– ambas nociones pueden confluir en un mismo supuesto y suscitar un problema de acumulación de acciones de reclamación por los daños ocasionados por el producto: por falta de conformidad y por su carácter defectuoso *stricto sensu*[252].

---

250. *Cfr.* Arts. 6 Directiva 1985/374/CE y 137 TRLGDCU, cuyo análisis en profundidad excede con mucho las posibilidades del presente trabajo. Para un comentario en detalle del concepto de *producto defectuoso* a efectos de la aplicación del régimen particular articulado en el TRLGDCU en transposición de la Directiva 85/374/CE *vid.*, entre otros muchos, los comentarios al referido Art. 137 TRLGDCU de AZPARREN LUCAS, A., en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1195 y ss.; PARRA LUCÁN, M.ª A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2.ª Ed., Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, pp. 1965 y ss.; y MACÍA MORILLO, A., en Cañizares Laso, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 1993 y ss. A tales efectos *vid.*, asimismo, con carácter monográfico SOLÉ I FELIÚ, J., *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 97 y ss.; MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 109 y ss.; o GUTÍERREZ SANTIAGO, P., *Daños Causados por Productos Defectuosos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 79 y ss. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que un *producto peligroso* no necesariamente tiene por qué ser *defectuoso* desde el prisma de la aplicación de las reglas particulares sobre daños causados por productos defectuosos. *Vid.* en este sentido RUIZ GARCÍA, C. A. y MARÍN GARCÍA, I., «Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994», *Indret*, N.º 4, 2006.

251. Como destaca MARCO MOLINA, J., la referida contraposición producto no conforme y producto defectuoso se aprecia de forma especialmente ilustrativa a nivel jurisprudencial en la SAP de Córdoba de 18 de enero de 2008 (JUR 2008, 218211, FJ 1.º) (*Cfr.*, ob. cit., p. 80). No obstante, debe tenerse en cuenta que el planteamiento adoptado por el legislador español diferenciando entre el régimen de responsabilidad aplicable en ambos casos no deriva del modelo de armonización máxima adoptado por la Directiva 85/374/CE, que no prejuzga la posibilidad de los Estados miembros de someter a ambos a un mismo régimen de responsabilidad, como certeramente destaca MARTÍN CASALS, M., «Comentario…», cit., p. 1905.

252. *Cfr.*, entre otros, PARRA LUCÁN, M.ª A., «Comentario…», cit., pp. 1866 y 1867; y MACÍA MORILLO, A., ob. cit., p. 1994.

A mi parecer, el referido enfoque «contractualista» de las Directivas de compraventa y de suministro explica la inexistencia en ellas de diferenciación alguna entre los conceptos de *producto no conforme* y *producto defectuoso/no seguro* propiamente dicho y permite entender la ausencia de referencia –siquiera tangencial– al régimen de interacción de la remisión contenida en los Cdos. 73 DCSD y 61 DCV con las reglas previstas en la Directiva 1985/374/CE. Sin embargo, el carácter no excluyente de los conceptos de *producto no conforme* y *producto defectuoso* hace que tal interrelación –particularmente en el caso de los bienes con elementos digitales incorporados/interconectados– vaya de suyo, y que la remisión a los ordenamientos nacionales del régimen aplicable a los daños causados por la falta de conformidad de los contenidos/servicios digitales pueda en cierta medida quedar desdibujada, vista la eventual aplicación de dicha Directiva 1985/374/CE[253] y el nivel de armonización máxima que en ella se instaura (que hace que su catalogación como Derecho interno o *legislación civil y mercantil* a que alude el Art. 117 TRLGDCU al abordar los daños derivados de la falta de conformidad resulte ilusoria desde un punto de vista práctico[254]).

Adicionalmente no cabe soslayar que la posible aplicación de la Directiva 1985/374/CE a los daños derivados ocasionados por los bienes, contenidos y servicios no conformes que simultáneamente encajen en el concepto de producto defectuoso previsto en dicha Directiva y en el Art. 137 TRLGDCU se antoja particularmente problemática en relación con los contenidos y servicios digitales, habida cuenta de que el concepto de *producto mueble* manejado en los Arts. 2 DPD y 136 TRLGDCU resulta *a priori* incompatible

253. *Cfr.* MARTÍN SANTISTEBAN, S., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en la era digital», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16 *bis*, junio 2022, pp. 3667 y 3671.

254. En este sentido no cabe perder de vista que el esquema de sujetos responsables por los daños causados por productos defectuosos previsto en la Directiva 1985/374/CE no es susceptible de modificación o ampliación por parte de los Estados miembros, [*Cfr.* Seuba Torreblanca, J. C. y Cerdá Albero, F., «Sujetos responsables», en Salvador Coderch, P. y Gómez Pomar, F. (Dirs.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 227; Howells, g., «Purpose and Effect of the Directive», pp. 30 y 31 y Møgelvang-Hansen, P., «Scope of the Directive's Regulation», pp. 34 y 35, ambos en Machnikowski, P. (Ed.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2016], como por lo demás ha tenido ocasión de destacar el Tribunal de Justicia en varias ocasiones, concretamente en las Sentencias de 25 de abril de 2002, *Comisión c. República Francesa*, C-52/00, EU:C:2002:252 (apartados 17-24) y *María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana S.A.*, C-183/00, EU:C:2002:255 (apartados 25 y ss.) y de 5 de julio de 2007, *Comisión c. Dinamarca*, C-327/05, EU:C:2007:409 (apartados 15-18).

con la naturaleza intangible característica de dichos contenidos y servicios[255]. Incompatibilidad ésta que *a priori* únicamente resultaría salvable en relación con los contenidos y servicios incorporados/interconectados a bienes muebles[256], esto es, en el caso de los bienes con elementos digitales, respecto de los cuales, además, tanto la nueva Directiva de compraventa como la de suministro confieren primacía –en los términos ya vistos– a la vertiente corpórea del bien mueble al que tales contenidos/servicios se encuentran incorporados o interconectados[257] (cual acontecería en particular con los sistemas de ayuda a la conducción de los vehículos previamente referidos [258)].

De hecho, tales necesidades de adaptación al entorno digital de las reglas comunitarias en materia de daños ocasionados a los consumidores por las «nuevas tecnologías» ocupan un papel preeminente en la agen-

---

255. *Cfr.*, entre otros, Navas Navarro, S., «Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente. Una mirada al futuro», *Diario La Ley*, N.º 35, Sección Ciberderecho, 27 de diciembre de 2019, p. 3; Spindler, G., «User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots», en Lohsse, S. *et al.* (Eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 128 y ss.; MARTÍN SANTISTEBAN, S., ob. cit., pp. 3671-3672; KOCH, B. A. *et al.*, *Response of the European Law Institute to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022, pp. 12-14; WENDEHORST, C., «Product Liability or Operator Liability for AI – What is the Best Way Forward?», en Lohsse, S., Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Liability for AI, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 101 y 102; y BORGHETTI, J. S., «Adapting Product Liability to Digitalisation: Trying Not to Put New Wine Into Old Wineskins», en Lohsse, S., Schulze, R. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Liability for AI, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 135-139.

256. *Cfr.*, entre otros muchos, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «La responsabilidad por "software" defectuoso en la contratación mercantil», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º 10, 2006, pp. 83 y ss.; PARRA LUCÁN, M.ª A., «Comentario…», cit., p. 1934; HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILLETT, C., «Product Liability and Digital Products», en SYNODINOU, T. *et al.* (Eds.), *EU Internet Law. Regulation and Enforcement*, Springer, Switzerland, 2017, pp. 188 y ss.; WAGNER, G., «Robot Liability», 2018, pp. 10-11; NAVAS NAVARRO, S., «Robot Machines and Civil Liability», en EBERS, M. y NAVAS NAVARRO, S. (Eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, 2020, p. 167; o RUBÍ PUIG, A., «Retos de la inteligencia artificial y adaptabilidad del derecho de daños», en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PEGUERA POCH, M. (Coords.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 66-67.

257. *Cfr.* MARTÍN SANTISTEBAN, S., «La responsabilidad…», ob. cit., p. 3671.

258. *Cfr.* NAVARRO MICHEL, M., ob. cit., pp. 181 y 182; o NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C., ob. cit., p. 819.

da legislativa europea de los últimos años[259], cuyo resultado último al momento del cierre del presente capítulo viene dado por la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial[260], así como por la nueva Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos presentada en septiembre de 2022, en la que se opera una importante actualización de los conceptos de *producto* y *producto defectuoso* en aras a comprender la esfera digital[261], debiendo tener

259. *Vid.* a este respecto, entre otros muchos, el Informe de 21 de noviembre de 2019 sobre la responsabilidad por inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes presentado por el Grupo de expertos de la Comisión sobre responsabilidad y nuevas tecnologías [2020/2014(INL)] y el comentario de dicho Informe de Gómez Ligüerre, C. y García-Micó, T. G., «Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies», *Indret*, N.º 1/2020, pp. 501 y ss.; la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero de 2020 *Procesos automatizados de toma de decisiones: Garantizar la protección de los consumidores y la libre circulación de bienes y servicios* [(2019/2915(RSP)]; el Libro Blanco de 19 de febrero de 2020 sobre *Inteligencia Artificial – Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza* [COM(2020) 65 final]; la Comunicación de la Comisión Europea de 19 de febrero de 2020 *Configurar el futuro digital de Europa* [COM(2020) 67 final]; la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, *con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil para la inteligencia artificial* [2020/2014(INL)]; o el Informe de la Comisión *sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica* [COM(2020) 64 final]. La Comisión Europea lanzó de hecho una consulta pública entre octubre de 2021 y enero de 2022 sobre la adaptación de las reglas sobre responsabilidad a la era digital (cuyas respuestas pueden consultarse en *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Product-Liability-Directive-Adapting-liability-rules-to-the-digital-age-circular-economy-and-global-value-chains_en*). Entre las respuestas a dicha consulta cabe destacar la elaborada por el *European Law Institute*, a cargo de KOCH, B. A. *et al.*, *European Commission's Public Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022.

260. COM (2022) 496 final. En relación con el régimen de responsabilidad civil derivada del uso de sistemas de inteligencia artificial a la vista de la normativa vigente y las modificaciones derivadas de dicha Propuesta de Directiva *vid.*, entre otros, NAVAS NAVARRO, S., *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial. Especial atención a su futura regulación*, Comares, Granada, 2022, pp. 35 y ss.; SPINDLER, G., «Different approaches…», cit., pp. 73 y ss.; y ORTIZ FERNÁNDEZ, M., «La "adaptación" del derecho de daños a la inteligencia artificial: la propuesta de Directiva sobre responsabilidad», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, N.º 40, 2024, pp. 1 y ss. Para una visión comparada de la responsabilidad civil derivada de la IA *vid.* KARNER, E., KOCH, B. A. y GEISTFELD, M. A., *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission), 2021.

261. COM (2022) 495 final. Para una sucinta aproximación acerca de las novedades previstas por la Propuesta de DPD y su conveniencia, en particular en lo relativo al nuevo concep-

en cuenta la estrecha interrelación y complementariedad existente entre ambas Propuestas[262].

IV. «CONTRAPRESTACIÓN»: EL SUMINISTRO A CAMBIO DE DATOS PERSONALES

El Art. 3(1) DCSD comprende dentro de su ámbito material de aplicación no solo los contratos en virtud de los cuales el comerciante suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste pague o se comprometa a pagar un precio, sino también los contratos de suministro a cambio de datos personales facilitados por el consumidor.

---

to de producto previsto en su Art. 4 (en el que se comprenden los denominados *archivos de fabricación digital* y los *programas informáticos*, aunque excluyendo de su ámbito de aplicación, en los mismos términos que la DCSD, el software abierto) y de producto defectuoso de su Art. 6 y su actualización –vistos los nuevos desafíos suscitados por las nuevas tecnologías– *vid.*, entre otros muchos, GÓMEZ LIGÜERRE, C., «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», *Indret*, N.º 4, 2022, pp. 4-5; SPINDLER, G., «Different approaches…», cit., pp. 44 y ss.; y WENDEHORST, C., «Product Liability…», cit., pp. 102 y 103.

262. Como expresamente se destaca en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre daños causados por la IA ambas Propuestas se complementan mutuamente, de tal forma que «Estas dos iniciativas políticas están estrechamente vinculadas y forman un paquete, ya que las demandas que entran en sus ámbitos de aplicación se refieren a diferentes tipos de responsabilidad. La Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos cubre la responsabilidad objetiva del productor por productos defectuosos, lo que da lugar a una indemnización por determinados tipos de daños, principalmente sufridos por particulares. La presente propuesta cubre las demandas nacionales de responsabilidad fundamentadas principalmente en la culpa de cualquier persona con el fin de indemnizar por cualquier tipo de daño y a cualquier tipo de víctima. Se complementan entre sí para formar un sistema general de responsabilidad civil eficaz» (pp. 3-4). Para una aproximación conjunta a ambas Propuestas de Directiva *vid.*, entre otros, DE BRUYNE, J., DHEU, O. y DUCUING, C., «The European Commission's approach to extra-contractual liability and AI – An evaluation of the AI liability directive and the revised product liability directive», *Computer Law & Security Review*, Vol. 51, 2023; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «The revision of the product liability directive: a key piece in the artificial intelligence liability puzzle», *ERA Forum*, Vol. 24, 2023, pp. 247 y ss.; HACKER, P., «The European AI liability directives – Critique of a half-hearted approach and lessons for the future», *Computer Law & Security Review*, Vol. 51, 2023, en sentido especialmente crítico con el enfoque adoptado en ambas Propuestas; MARTÍN CASALS, M., «La regulación de la responsabilidad extracontractual por daños causados por sistemas de inteligencia artificial (IA) mediante dos propuestas de directiva», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, N.º 1, 2023, pp. 6 y ss.; o BUITEN. M. C., «Product Liability for defective AI», *European Journal of Law & Economics*, 2024.

En cuanto a los contratos en los que el consumidor paga un precio por el contenido o servicio digital suministrado, el Cdo. 23 DCSD especifica que el concepto de «precio» comprende las denominadas representaciones digitales de valor, que incluyen los vales electrónicos o cupones electrónicos (caso, por ejemplo, de las *Apple Gift Cards*), así como las monedas virtuales reconocidas en los respectivos Estados miembros[263] (precisando, además, que dichas representaciones digitales de valor no pueden considerarse en sí mismas contenidos o servicios digitales a efectos de la Directiva, ya que su única finalidad es servir de medio de pago). Solución ésta que se justifica en atención al uso recurrente de tales medios de pago «alternativos» en el entorno digital y a la posible discriminación que supondría su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de suministro, visto que las empresas podrían orientarse hacia tales medios con la única finalidad de evitar la aplicación de las normas de protección de los consumidores contenidas en dicha Directiva.

El mismo razonamiento se reproduce en lo que concierne a los contratos de suministro en los que el «pago» se ciñe a la facilitación de datos personales del consumidor, cuya inclusión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de suministro también se justifica en la no discriminación entre los distintos modelos de negocio existentes en este ámbito y eliminación de incentivos injustificados a las empresas para eludir la aplicación de la Directiva ofreciendo contenidos/servicios digitales a cambio de datos[264].

La ampliación del ámbito de aplicación a los contratos de suministro de contenidos/servicios digitales a cambio de la cesión de los datos personales del consumidor prevista en el Art. 3(1) DCSD, es una solución que ya se con-

263. Como explica Staudenmayer, D., la ampliación de la definición de «precio» a las monedas virtuales se debatió por primera vez en el Consejo reconociendo la creciente importancia de las monedas virtuales como medio de pago y su intención de no limitar a los consumidores su uso con este fin, frente a la reticencia de algunos Estados miembros a sentar un precedente que las reconociese en el ámbito normativo comunitario. Como resultado, según el Cdo. 23 tales monedas virtuales sólo pueden incluirse en la noción de «precio» si están reconocidas por la legislación nacional. Además, como dicho autor señala igualmente, la inclusión de las representaciones digitales de valor dentro del concepto de precio en la Directiva 2019/770/UE contrasta con su exclusión en la Directiva de compraventa 2019/771/UE, a pesar de que ello se debatió durante las reuniones a tres bandas celebradas entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, descartándose tal solución ante la falta de pruebas del uso frecuente de esa forma de pago en dicho ámbito (*Cfr.* «Article 3», cit., p. 67). Acerca de dicha cuestión *vid.*, asimismo, Sénéchal, J., «Article 2…», cit., p. 51.

264. *Cfr.* Cdo. 13 Propuesta de Directiva de Suministro.

templaba en el Art. 5(b) de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea[265], aunque no –pese a su proximidad en el tiempo-en la Directiva sobre derechos de los consumidores 2011/83/UE, que carecía de referencia expresa alguna a la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de tales contratos a cambio de datos, con las consiguientes dudas que ello generaba, restringiendo su aplicación en defecto de pago a los contenidos digitales y excluyendo los servicios[266]. La adaptación en

265. Como en su momento apuntaba Wendehorst, C., la idea subyacente al Art. Article 5(b) CESL era «…that digital content is often supplied not in exchange for a price but in combination with separate paid goods or services, involving a non-monetary consideration such as giving access to personal data or free of charge in the context of a marketing strategy (…). It is in view of this specific market structure and of the fact that defects of the digital content provided may harm the economic interests of consumers irrespective of the conditions under which it has been provided, that the Commission decided to make the CESL available also for digital content seemingly supplied for free» («Proposal for a Regulation…», cit., pp. 45 y 46). Dicho autora también mencionaba, en referencia a este tema, las recomendaciones formuladas con anterioridad en el *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts* by the University of Amsterdam in 2012 previamente citado (pp. 179 to 181). De hecho, como explica MILÀ RAFEL, R., la inclusión de los contratos a cambio de datos se ajustaba a la opinión del Parlamento Europeo al respecto, materializada en su Resolución de 26 de febrero de 2014 [(P7_TC1-COD(2013)0013], en la que fijaba su posición de cara a la posible adopción de la CESL, en concreto en su Cdo. 18 (*Cfr.* «Intercambios digitales…», cit., p. 31).

266. La posición sobre la inclusión o no de estos «contratos gratuitos» en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE se encontraba en la Guía para la aplicación de dicha Directiva elaborada por la Dirección General de Justicia en junio de 2014, en concreto en su apartado 2.3, titulado Aplicación de la Directiva a los contratos de productos «gratuitos». Partiendo de la definición del contrato de compraventa y de servicios prevista en el Art. 2, apartados 5 y 6, de la Directiva (en la que se hacía referencia al pago de un precio por el consumidor), dicha guía aclaraba su inaplicabilidad a los obsequios o servicios prestados gratuitamente, aunque sí a los contratos de servicios en los que, tras el beneficio de un periodo de prueba gratuito, el contrato se convierte automáticamente en un contrato oneroso. Por el contrario, habida cuenta de la definición de contenido digital prevista en el Art. 2.11 (para el que no se mencionaba ningún pago), la guía consideraba que dicho contenido estaba cubierto por la Directiva, aunque el consumidor no efectuara ningún pago (por ejemplo, al descargar gratuitamente un juego de una tienda de aplicaciones). Antes de que se publicara la Guía LOOS, M. *et al.*, planteaban la misma conclusión, basándose en las disposiciones de los referidos apartados 5 y 6 del Art. 2 de la Directiva, entendiendo su inaplicabilidad a los contratos gratuitos, pero sin distinguir entre contenidos y servicios digitales (*Cfr.* (ob. cit., pp. 750, 751, 756-757). Por el contrario, pero también basándose en dichas definiciones, S. CÁMARA LAPUENTE, consideraba la incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva tanto el suministro de contenidos digitales como el de servicios digitales, ya que ninguno de ellos podía considerarse ni un contrato de compraventa ni un con-

este punto de la Directiva 2011/83/UE a la nueva Directiva de suministro deriva de la Directiva 2019/2161/UE, que introduce un nuevo apartado 1 *bis* en el Art. 3 DDC, en el que se contempla la figura del suministro tanto de contenidos como de servicios digitales a cambio de datos personales, en los mismos términos que el actual Art. 3.1 DCSD.

Los problemas suscitados por los contratos de suministro a cambio de datos personales constituyen una de las materias sobre las que más se ha escrito con carácter monográfico antes y después de la entrada en vigor de la Directiva de suministro[267], visto que se trata de un aspecto capital de adaptación del Derecho contractual europeo a las dinámicas de funcionamiento características del entorno digital[268], así como la superposición y consiguientes desafíos que tal adaptación contractual implica, fruto de la simultánea conceptualización y regulación del tratamiento de los datos personales como un Derecho fundamental[269] (Arts. 18.4 CE[270], 8 CEDH[271] y 16.1 TFUE[272]).

---

trato de servicios, según el Cdo. 19 de la Directiva, basando su opinión en la Guía de aplicación anteriormente mencionada [*Cfr.* «La protección del consumidor…», cit., pp. 230-231].

267. Sin perjuicio de las numerosas referencias bibliográficas jalonadas a lo largo del presente trabajo, especial mención merece en este sentido la obra colectiva monográfica digirida por LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, con numerosas contribuciones de altísima calidad.

268. *Cfr.* LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., ob. cit., pp. 9 y ss. y METZGER, A., «A Market Model…», cit, pp. 26-27.

269. *Cfr.* LANGHANKE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M., ob. cit., pp. 219-220.

270. Como oportunamente comienza destacándose en el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: «La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental protegido por el Art. 18.4 CE. De esta manera, nuestra Constitución fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispuso que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Se hacía así eco de los trabajos desarrollados desde finales de la década de 1960 en el Consejo de Europa y de las pocas disposiciones legales adoptadas en países de nuestro entorno. El Tribunal Constitucional señaló en su Sentencia 94/1998, de 4 de mayo, que nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la conceptualización misma de los datos personales como contraprestación resulta problemática (no en balde la Directiva elude expresamente emplear dicho término, con el consiguiente debate que ello suscita[273]), como también lo resultan todas aquellas cuestiones relativas a la interacción de la Directiva de suministro y otras normas contractuales –caso, por ejemplo, de la Directiva de cláusulas abusivas o de las normas relativas a la validez del contrato que la Directiva

---

que justificó su obtención. Por su parte, en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso».

271. El derecho fundamental relativo al tratamiento de los datos personales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se comprende dentro del *derecho al respeto a la vida privada y familiar* reconocido en su Art. 8. Para una visión sistemática del desarrollo de dicho derecho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su incidencia en los ordenamientos de los Estados miembros resulta especialmente útil la ficha temática elaborada a tales efectos por el Departamento de ejecución de Sentencias del TEDH, en la que se proporcionan ejemplos de las medidas que los Estados miembros han adoptado tras las sentencias del Tribunal, en áreas como la recogida y uso, búsqueda y captación, control, acceso y destrucción de datos personales, vigilancia en los espacios de trabajo y vigilancia masiva. *Vid. Personal Data Protection*, Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, September 2022, disponible online en *https://rm.coe.int/tfs-personal-data-protection-eng/1680a811ea*. Para un análisis sistemático de dicho Art. 8 CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en materia de datos personales *vid.*, asimismo, entre otros muchos, KELLEHER, D. y MURRAY, K., *EU Data Protection Law*, Bloomsbury, London, 2018, pp. 30 y ss.; y KRANENBORG, H., «Article 8», en PEERS, S. *et al.* (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 231 y ss. Para una suscinta sistematización de los principales pronunciamientos del TEDH en relación con la explotación económica de los datos y su incidencia en el plano contractual *vid.* VERSACI, G., ob. cit., pp. 383-386.

272. El Art. 16 TFUE expresamente preceptúa que «Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan». Como específicamente se aborda en su apartado segundo, dicho Art. 16 se erige en la base competencial de las correspondientes normas comunitarias que desarrollan tal derecho a la protección de datos personales, como se aprecia en el vigente Reglamento General de Protección de Datos 2016/679/UE (Cdo. 1).

273. *Cfr.* MILÀ Rafel, R., «Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, p. 427. A propósito de la posible caracterización de los datos personales como «contraprestación» *vid. infra* las reflexiones realizadas en el Apartado IV.2.

de suministro remite a los Estados miembros– con el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679/UE, pieza capital en lo que respecta a la referida articulación jurídica del tratamiento de datos personales como Derecho fundamental. Buena prueba de ello es la remisión y primacía que a tales efectos se prevé a modo de «cláusula de cierre» en la propia Directiva de suministro, cuyo Art. 3.8 expresamente preceptúa que

> «El Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado 1. En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá el segundo».

Partiendo de dicho esquema, reproducido igualmente en el Art. 114.1 TRLGDCU[274], las páginas que restan pretenden poner de relieve –de forma esquemática y sin ánimo alguno de exhaustividad– algunos de los principales problemas e interrogantes suscitados por el tratamiento jurídico en la Directiva 2019/770/UE de tales contratos de suministro a cambio de datos personales.

1. REQUISITOS DE LOS DATOS FACILITADOS

La Directiva 2019/770/UE resulta únicamente aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de «datos personales», solución que se reproduce igualmente en el Art. 59.4 TRLGDCU (no así en el Art. 621-67.1 CCCat, que alude sencillamente a *datos*, orillando el calificativo personales), desechando el enfoque inicialmente adoptado en el Art. 3.1 de la Propuesta de Directiva, que incluía en su ámbito de aplicación tanto los contratos a cambio de «datos personales» del consumidor como a cambio de «otros datos» que no encajasen dentro de la definición prevista en el Art. 4.1 RGPD al que se remite la definición de tales datos en el Art. 2.8 DCSD, así como –a efectos contractuales– en el actual Art. 59 *bis*, letra h), TRLGDCU.

274. El párrafo segundo del Art. 114.1 TRLGDCU reproduce la misma fórmula que el Art. 3.8 DCSD, disponiendo que «El Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, así como la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, se aplicarán a cualesquiera datos personales tratados en las relaciones contempladas en los apartados anteriores, prevaleciendo sus disposiciones en caso de conflicto con lo regulado en este Título».

A contrario sensu estos «otros datos» a los que aludía la Propuesta de Directiva comprenderían varias categorías[275]: los datos que no identifican ni permiten identificar a una determinada persona y son anónimos[276]; los datos completamente anonimizados y los datos agregados a otros datos del empresario que no pueden ser separados y tampoco permiten identificar a los individuos[277]; o los datos vinculados a los propios contenidos digitales suministrados a los usuarios o generados por tales usuarios, que desde luego no son datos personales propiamente dichos y a los que continúa aludiéndose en el Art. 16 DCSD con motivo de regular las obligaciones del empresario en caso de resolución del contrato (Cdo. 69 DCSD)[278], con el que se corresponden los Arts. 119 *ter* TRLGDCU y 621-77 CCCat[279].

---

275. *Cfr.*, entre otros, STAUDENMAYER, D., «Article 3», cit., p. 70; y Cámara Lapuente, S., «Termination of the Contract…», cit., p. 176.

276. *Vid. Opinion 4/2007 on the concept of personal data* elaborado del *Data Protection Working Party* del Art. 29 de la derogada Directiva 1995/46/CE, pp. 26-27 (disponible online en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf).

277. Con todo, en relación con los datos anonimizados y agregados debe tenerse en cuenta la posibilidad de su «reconversión» en datos personales a través de procesos de ingeniería inversa y minería de datos, vistas las posibilidades que la tecnología ofrece actualmente a tales efectos y las que el Reglamento 2016/679/UE expresamente obliga a prestar atención en su Cdo. 26. A propósito de dicha problemática relativa a las posibilidades de reconversión de los datos anonimizados *vid.* la *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques* elaborada por el *Data Protection Working Party* del Art. 29 de la derogada Directiva 1995/46/CE (disponible online en *https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf*), grupo de trabajo actualmente reemplazado por el Comité Europeo de Protección de Datos. Por lo demás, los riesgos asociados a la reconversión de los datos anonimizados es una constante en la literatura que se ha ocupado de la referida contraposición entre los conceptos de «datos personales» *vs* «otros datos» con motivo del análisis de los contratos de suministro a cambios de datos personales. *Vid.* a este respecto, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, S., «Termination of the Contract…», cit., p. 177.

278. Acerca del tratamiento de tales datos no personales en caso de resolución del contrato de suministro *ex* Art. 16 DCSD y –en particular– su interacción con los correspondientes derechos previstos en el RGPD, en concreto con el derecho al olvido o de supresión previsto en su Art. 17, *vid.* Cámara Lapuente, S., «Termination of the Contract…», cit., pp. 175 y ss.

279. En todo caso, habida cuenta de que tal cuestión escapa del ámbito del presente trabajo, para un análisis en detalle de las implicaciones de dicho Art. 16 respecto al tratamiento de los *datos no personales* objeto de regulación en los referidos Arts. 119 *ter* TRLGDCU y 621-77 CCCat *vid. infra* el Capítulo de GILI SALDAÑA (Apartado IV.1.3). *Vid.*, asimismo, a este respecto las consideraciones efectuadas infra en el Capítulo de GÓMEZ POMAR sobre las implicaciones del nuevo Reglamento 2023/2854/UE (en particular

El abandono en el Art. 3.1 DCSD de la referencia a «otros datos» contenida en la Propuesta de Directiva obedece a las preocupaciones expresadas en su momento a este respecto por el Supervisor Europeo de Protección de Datos con motivo de su Dictamen acerca de dicha Propuesta, enfatizando cómo casi todos los datos pertinentes a efectos de la Directiva de suministro resultarían datos subsumibles en el concepto de datos personales manejado por el Reglamento 2016/679/UE, particularmente vista la referencia de la Propuesta –reiterada, siquiera indirectamente, en la Directiva finalmente aprobada– a la facilitación activa de tales datos por el consumidor[280], lo que por lógica implica datos referentes a su persona[281]. Aún así los Cdos. 24 y 25 DCSD expresamente reconocen la libertad de los Estados miembros para ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva y *para determinar si se cumplen los requisitos relativos a la celebración, la existencia y la validez de un contrato con arreglo al Derecho nacional* cuando a cambio del suministro no se facilitan datos personales sino otros datos, posibilidad de la que, efectivamente, ha hecho uso el legislador catalán visto el tenor literal del referido Art. 621-67.1 CCCat y el razonamiento a tales efectos contenido en la Exposición de Motivos del Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, que incorpora las Directivas de compraventa y suministro al Derecho catalán[282].

Eliminada pues la referencia a otros datos distintos de los datos personales del ámbito material de aplicación de la Directiva de suministro la desaparición de toda alusión a la caracterización de tales datos como contraprestación a cargo del consumidor –a la que inicialmente se aludía en el Art. 3.1 de la Propuesta[283]– resultaba otra de las demandas formuladas en

---

de su Art. 4), comúnmente conocido como *Data Act*, sobre los datos generados con motivo de la utilización de los contenidos y servicios digitales (Apartado III.2).

280. *Cfr.* Art. 3.1 y Cdo. 14 de la Propuesta de Directiva y Cdos. 24 y 25 DCSD.

281. *Vid. European Data Protection Board, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, p. 11 (disponible online en https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf), y previamente en términos

282. En este sentido, debe tenerse en cuenta que dicha Exposición de Motivos expresamente destaca cómo «…la contraprestación al uso de los contenidos o servicios digitales puede consistir a facilitar datos personales en los términos en que impone el Reglamento (UE) 2016/679. No se prevé expresamente, pero *tampoco se descarta, que los datos sean de otro tipo* y, entonces, existirá contrato oneroso siempre que se cumplan todos los requisitos de acuerdo con las normas generales relativas a los elementos y la formación del contrato aplicables a Cataluña» (apartado IV).

283. El Art. 3.1 de la Propuesta de Directiva expresamente empleaba la expresión *contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos*, expresión que

su momento por el Supervisor Europeo de Protección de Datos[284] que ha sido acogida en el texto finalmente aprobado.

No en balde y como se ha avanzado, la conceptualización de los datos personales como una contraprestación equiparable al dinero –tal y como se articulaba en la Propuesta– resulta particularmente problemática, dada la opinión unánime relativa a la imposibilidad de entender los datos como una mercancía más a la vista de la referida dimensión constitucional de la que el tratamiento de datos personales goza a nivel europeo en tanto que derecho fundamental[285], como por lo demás se confirma en la propia Exposición

---

aparecía también de forma reiterada en los Considerandos previos de la Propuesta, caso particularmente de los Cdos. 13, 14, 37, 42.

284. *Vid. European Data Protection Board Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, en particular pp. 7-11. Con anterioridad a la Propuesta de Directiva de suministro y partiendo de los principios en los que se basa el Reglamento 2016/679/UE, la imposibilidad de caracterización de los datos personales como un mero activo económico ya había sido expresamente enfatizada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en la *Opinion 08/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the digital age of big data*, p. 6 (disponible online en *https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf*). La misma crítica a la conceptualización como contraprestación de los datos personales se reiteraba en su *Opinion 8/2018 on the legislative package A New Deal for Consumers*, en particular en sus pp. 3, 13 y 21 (disponible online en https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf).

285. En relación a dicha problemática equiparación de los datos personales a una contraprestación dineraria y en sentido crítico con la fórmula empleada en su momento en la Propuesta de Directiva de suministro y su supresión en el texto finalmente aprobado *vid.*, entre otros muchos, Mak, C., ob. cit., p. 9; Spindler, G., «Contratos de suministro…», cit., p. 13; VERSACI, G., «Personal Data…», cit., pp. 374 y ss.; Schulze, R., Staudenmayer, D. y Lohsse, S. «Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction», p. 26, Sattler, A., «Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR», pp. 234-237 y JANEČEK, V. y MALGIERI, G., «Data Extra Commercium», pp. 95 y ss., todos ellos en Lohsse, S. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020; Cámara Lapuente, S., «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: Supresión, recuperación y portabilidad», pp. 179 y ss. (donde también puede encontrarse un análisis detallado y diferenciación de los tipos de datos y las normas aplicables a los mismos: datos personales y otros tipos de datos como los datos «anonimizados»; datos vinculados a la ejecución del contrato; datos proporcionados, generados y recopilados, etc.) y Arroyo Vendrell, T., «La ruptura con el principio de la inalteración del derecho preexistente con motivo de la tipificación de los contratos de suministro de contenido digital: Un nuevo derecho de los contratos del derecho electrónico», pp. 260 y 261, ambos en en CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J. A. (Dirs.), *El mercado digital en la*

de Motivos del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que transpone la Directiva 2019/770/UE[286], pese a la alusión al término *contraprestación* en el Art. 119 *ter* TRLGDCU que materializa la regla instaurada en el Art. 14.6 y el Cdo. 67 DCSD[287] (a diferencia de cuanto acontece con la fórmula utilizada en el Art. 621-76.6 CCCat[288]).

Unión Europea, Reus, Madrid, 2019; Aguilera Ruiz, L. «La regulación…», cit., p. 263; Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 263; MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 415 y ss.; o CONESA CABALLERO, O., «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 2, 2024, pp. 140 y ss.

286. La referida Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril expresamente destaca cómo «Respecto de la regulación de los servicios y contenidos digitales, además de su novedad en la normativa europea, cabe destacar que la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, incluye en su ámbito de aplicación a los contratos en los que el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor a cambio de que este facilite o se comprometa a facilitar sus datos personales. Esta modalidad, cada vez más habitual en el mercado digital, debe tener en cuenta que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse mercancía y su tratamiento debe cumplir las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE» (Apartado IX).

287. El Art. 119 *ter* TRLGDCU, dedicado a la resolución del contrato, preceptúa en su apartado segundo que «La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario *haya facilitado datos personales como contraprestación*, correspondiendo la carga de la prueba al empresario», con la consiguiente incoherencia que ello puede entrañar con las reflexiones contenidas en la Exposición de Motivos del RDL 7/2021 acerca de la no equiparación entre los datos personales y otras mercancías y, por ende, la imposibilidad de que la facilitación de datos personales puede entenderse como una contraprestación propiamente dicha. *Cfr.*, entre otros, SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital…», cit., p. 47; o CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., pp. 13, 14 o 18 (entre otras); y Castillo Parrilla, J. A., «Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD», *La Ley mercantil*, N.º 82 (julio-agosto), 2021, p. 15 (quien propone la eliminación de tal alusión al término contraprestación en dicho precepto).

288. Nótese que de acuerdo con la regla instaurada *–a contrario sensu–* en el Art. 14.6 DCSD cuando el contenido o servicio digital se suministra a cambio de datos personales el derecho tiene derecho a resolver el contrato aun cuando *la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio* (Cdo. 67 DCSD). A diferencia de cuanto acontece en el Art. 119 *ter* TRLGDCU, al abordar tal

En este sentido, no cabe perder de vista que –aun cuando desde un punto de vista práctico y económico está claro que en estos casos la «contraprestación» del contrato de suministro (*oneroso*, como expresamente se explicita en el Art. 621-67 CCCat) radica en la facilitación de datos personales– el concepto de «contraprestación» tal y como éste se configura en el ámbito contractual resulta problemático e inconsistente con el régimen instaurado en el Reglamento 2016/679/UE[289]. Sin perjuicio de ulteriores consideraciones al respecto[290], baste avanzar que así se aprecia nítidamente, por ejemplo, en lo que concierne a los requisitos relativos a la validez del consentimiento para el procesamiento de tales datos, que *ex* Arts. 4.11, 6 y 7 RGPD no solo debe ser libre sino también revocable, requisitos que o se configuran en unos tér-

---

cuestión la Directiva 2019/770/UE omite toda referencia al término contraprestación, solución que se reproduce igualmente en el referido Art. 621-76.6 CCCat, a cuyo tenor «El adquirente puede resolver el contrato por cualquier falta de conformidad cuando los contenidos o servicios digitales se hayan suministrado a cambio de los datos facilitados en los términos establecidos por el artículo 621-67», si bien la Exposición de Motivos del Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, que incorpora las Directivas de compraventa y suministro sí que alude a que *la contraprestación al uso de los contenidos o servicios digitales puede consistir a facilitar datos personales en los términos en que impone el Reglamento (UE) 2016/679* (apartado IV).

289. Son numerosos los autores que, pese a las cautelas apuntadas y a los esfuerzos del legislador en la adaptación de la Directiva 2019/770/UE a las observaciones formuladas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, apuestan y defienden el uso del término *contraprestación* para referirse a los datos personales facilitados en los contratos de suministro, aun cuando reconocen la necesidad de cohonestar tal conceptualización de los datos personales con las especialidades derivadas de su dimensión constitucional. *Cfr.*, entre otros, Metzger, A., «Data as Counter-Performance – What Duties do Parties Have?», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 8, Issue 1, 2017, p. 5 y también en «Un modelo de mercado para los datos personales. Estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales», en Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 122-124 o 132-134 (considerando que la respuesta a la catalogación de los datos personales como contraprestación del contrato celebrado es una cuestión que debe enjuiciarse en los respectivos ordenamientos nacionales de los Estados miembros); DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.ª I., «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, N.º 4, 2020, pp. 104-105; AGUILERA RUIZ, L., «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770», en ALONSO PÉREZ, M.ª T. y HERNÁNDEZ SÁINZ, E. (Dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, p. 122; o Sánchez Lería, R., «Mercado digital…», cit., p. 47.

290. *Vid. infra* Apartado IV.2.

minos distintos a como se entienden a efectos contractuales (el concepto de *consentimiento libre ex* Art. 7.4 RGPD), o directamente no se prevén como tales (cual acontece con la revocación unilateral «absoluta» del Art. 7.3 RGPD, inexistente en la dinámica contractual), con las consiguientes tensiones que ello genera entre el Reglamento y la Directiva de suministro[291].

La cuestión relativa a la facilitación activa de los datos personales por los consumidores previamente mencionada y a la que el Supervisor Europeo de Protección de Datos aludía, asimismo, en su opinión de 2017 con motivo de la Propuesta[292] es otro de los aspectos candentes suscitados por la Directiva 2019/770/UE en los que merece la pena detenerse, vista la evolución experimentada a este respecto por el texto finalmente aprobado.

La Propuesta de Directiva restringía su aplicabilidad a los contratos de suministro a cambio de datos en los que «…el consumidor *facilita activamente* otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales (…)» (Art. 3.1). Dicho requisito resultaba confirmado y desarrollado en el Cdo. 14 de la Propuesta, donde expresamente se precisaba la exclusión de su ámbito de aplicación de las «…*situaciones en las que el proveedor recaba información, incluidos datos personales*, tales como la dirección IP u otra información generada automáticamente como información recogida y transmitida por una cookie, *sin que el consumidor la facilite activamente*, aunque el consumidor acepte la *cookie*. De igual forma no debe aplicarse a situaciones en las que el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales».

---

291. *Cfr.*, entre otros, Helberger, N., Zuiderveen Borgesius, F. y Reyna, A., «The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law», *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1461-1462; VERSACI, G., ob. cit., pp. 378-379; y García Pérez, R. M.ª, «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva 770/2019: licitud del tratamiento y conformidad de los contenidos y servicios digitales», en Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, p. 188; o MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., pp. 117-121. A propósito de la naturaleza dual del consentimiento al tratamiento de datos personales como «contraprestación» del suministro de contenidos y servicios digitales desde la óptica contractual y del RGPD *vid.*, asimismo, CÁMARA LAPUENTE, S., «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar?», en Gómez Pomar, F. y Fernández Chacón, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 340-341.

292. *Vid. European Data Protection Board Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, pp. 12-14 y 21.

Con tal planteamiento la Propuesta dejaba, pues, fuera de juego las situaciones en las que los datos personales son recopilados por el comerciante de «forma pasiva» (no explícita/activa), confiriendo carta de naturaleza a la posibilidad de eludir el régimen de protección instaurado en ella simplemente evitando solicitar al consumidor la «facilitación» de tales datos y recabándolos a través de *cookies*, planteamiento que resultó fuertemente criticado por buena parte de la doctrina[293], visto el rendimiento económico empresarial que tales *cookies* implican en el entorno digital y su trascendencia en el ámbito de la protección de los datos de carácter personal (*v. gr.* Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas 2002/58/CE –*Cookie Directive*–, Art. 22 LSSI y Cdo. 30 RGPD)[294].

---

293. En sentido crítico con dicha solución de la Propuesta, *vid.*, entre otros muchos, CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, 2016, pp. 21-25; MILÀ RAFEL, R., «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I)», cit., p. 10; LOOS, M., «Not Good but Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content», en Claeys, I. y Terryn, E. (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 29; Beale, H., «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», in *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment with the participation of EU National Parliaments*, February 17 2016, Brussels, p. 13 (en cuya opinion las *cookies* quedarían incluidas en el concepto de suministro activo de datos a la que la Propuesta aludía) y también en «Conclusion and Performance of Contracts…», cit., p. 36; Spindler, G., «Contratos de suministro…», cit., p. 12; o Torrubia Chalmeta, B., «Mercado único digital y concepto de consumidor», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 22, 2016, pp. 23-26. A nivel institucional el European Law Institute también mostró su oposición al requisito de la facilitación activa de los datos personales previsto en la Propuesta en su, anteriormente referido, *Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, pp. 15 y 16. Con todo, también hubo quienes entendían que el enfoque adoptado por la Propuesta al excluir los datos recopilados «pasivamente» entroncaba con la inexistencia en tal caso de un genuino o auténtico consentimiento contractual, caso, por ejemplo, de ARROYO VENDRELL, T., «Aproximaciones a la propuesta…», cit., pp. 48-49.

294. Nótese que –más allá de las referidas previsiones del Art. 22 LSSI y del Cdo. 30 RGPD– a nivel institucional la problemática relativa a los requisitos de validez del uso de las *cookies* desde el prisma del Reglamento de Protección de Datos ha sido objeto de desarrollo a través de Directrices formuladas tanto por el Supervisor Europeo de Protección de Datos como por nuestra Agencia Estatal de Protección de Datos. Los documentos más recientes a tales efectos son la *Guía sobre de las cookies* publicada por la AEPD el pasado mes de enero de 2024 (disponible online en *https://www.aepd.es/guias/guia-cookies.pdf*), basadas en las *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679* adoptadas por el Supervisor Europeo el 4 de mayo de 2020 (disponibles online en *https://www.edpb.*

Finalmente, el Art. 3.1 DCSD ha prescindido del adverbio «activamente», limitándose a disponer que su ámbito de aplicación se extiende a los contratos de suministro en los que el consumidor «… *facilite* o *se comprometa a facilitar* datos personales al empresario (…)». De dicha fórmula –que se reproduce igualmente en el Art. 59.4 TRLGDCU y de forma similar en el Art. 621-67.1 CCCat[295]– cabría *a priori* inferir la aplicabilidad de la Directiva también cuando los datos son recopilados de «manera pasiva», cual acontecería por ejemplo con la recogida de información sobre el dispositivo (modelo, número de serie, tiempo de uso, versión de *software*, etc.)[296], el historial de navegación del usuario o las *cookies* técnicamente innecesarias para la prestación del servicio[297] (piénsese, por ejemplo, en una *App* de una linterna para un *Smartphone* que accede a los servicios de geolocalización

---

europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf) y en el *Report of the work undertaken by the Cookie Banner Taskforce* de 17 de enero de 2023 (disponible online en *https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_20230118_report_cookie_banner_taskforce_en.pdf*). A propósito del tratamiento jurídico e implicaciones de las *cookies* de acuerdo con el RGPD *vid.*, por ejemplo, AVIÑÓ BELENGUER, D., «El uso de cookies de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, N.º 56, 2021. Para un análisis empírico acerca de las implicaciones y dinámica de funcionamiento de las *cookies* a resultas de las exigencias derivadas del RGPD y su cumplimiento/incumplimiento en la práctica *vid.*, por ejemplo, DABROWSKI, A., *et al.*, «Measuring Cookies and Web Privacy in a Post-GDPR World», en CHOFFNES, D. y BARCELLOS, M. (Eds.), *Passive and Active Measurement*, Springer, 2019, Switzerland, 2019, pp. 258 y ss.; KRETSCHMER, M., PENNEKAMP, J., y WEHRLE, K., «Cookie banners and privacy policies: Measuring the impact of the GDPR on the web», *ACM Transactions on the Web* (TWEB), Vol. 15, No. 3, 2021; BOLLINGER, D., *Analyzing Cookies Compliance with the GDPR*, Masther Thesis, Institute of Information Security (ETH Zürich), 2021.

295. De acuerdo con el referido Art. 621-67.1 CCCat, dedicado al ámbito de aplicación sobre el suministro de contenidos y servicios digitales previstas en el Código Civil Catalán, se explicita cómo «Las normas de esta sección se aplican a los contratos onerosos en cuya virtud una parte se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales y la otra a pagar un precio en dinero *o a facilitar sus datos* para finalidades diferentes de las necesarias para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del suministrador o para que este cumpla los requisitos legales exigibles».

296. *Cfr.* STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», cit., p. 72.

297. *Cfr.*, entre otros, Morais Carvalho, J. «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, Issue 5, 2019, p. 197; Metzger, A., «A Market Model…», cit., p. 29. En contra de tal planteamiento *vid.* Staudenmayer, D., «Article 3», cit., pp. 71-72, en cuya opinión la expresión *el consumidor facilite o se comprometa a facilitar datos personales al comerciante* del Art. 3.1 DCSD claramente implica un rol «activo» del consumidor en la facilitación los datos al comerciante.

del dispositivo, algo totalmente innecesario para el funcionamiento de la aplicación en cuestión).

Sin embargo, tal conclusión resulta irreal y debe descartarse visto el tenor literal de los Cdos. 24 y 25 DCSD, en los que –pese a eludir el uso de la expresión el consumidor *facilita activamente*-claramente se evidencia la contraposición entre los modelos de recopilación de datos personales activa *vs* pasiva y la exclusión de tal recopilación pasiva de su ámbito de aplicación[298], aunque confiriendo libertad a los Estados miembros para extender la aplicación de las reglas de la Directiva también a tales supuestos de recopilación pasiva cuando cumplan con las normas nacionales de celebración y validez de los contratos (aspectos que, recordemos, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación[299]), posibilidad de la que no ha hecho uso el legislador español fruto de las reformas operadas en el TRLGDCU con motivo de la transposición de la Directiva 2019/770/UE[300].

En este sentido, la Directiva ejemplifica su aplicabilidad a los contratos de suministro a cambio de datos personales refiriéndose a los casos en los que *el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico* o *dé su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales* (Cdo. 24), ejemplos ambos que claramente implican una facilitación activa de los datos personales: abrir una cuenta y cargar fotografías o mensajes subsumibles en el concepto de datos personales. Cualquier duda a tales efectos resulta expresamente descartada cuando, además, se clarifica su inaplicabilidad *a situaciones en las que el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación* o *en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales* (Cdo. 25), aunque eliminando la referencia expresa previamente contenida en el Cdo. 14 de la Propuesta tanto a la dirección IP del consumidor –vista su posible catalogación como datos personales de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[301]-como a las *cookies* (en relación

298. *Cfr.* MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 423-425.

299. *Cfr.* Cdo. 12 y Art. 3.10 DCSD.

300. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., pp. 22 y 26

301. La catalogación como datos personales de la dirección IP de los usuarios resultaba confirmada en la STJUE de 24 de noviembre de 2010, *Scarlet Extended c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, EU:C:2011:771, apartado 51,

con las cuales la catalogación como contrato de suministro se remite a los Estados miembros[302]).

En suma, la conjunción del planteamiento adoptado en la Directiva de suministro y el silencio del TRLGDCU sobre las implicaciones contractuales de la recopilación pasiva de los datos personales u otros datos de los usuarios –como los ejemplificados en el Cdo. 25 DCSD– suscita el interrogante acerca de si prácticas cotidianas como la mera navegación a cambio de tales datos, exposición a la recepción de publicidad por su parte, etc., asociadas –a lo sumo– al consentimiento implícito/explícito de las condiciones generales y política de privacidad de un sitio web (*cookies*), pueden ser calificadas como genuinos supuestos de contratación, es decir, cuál es el régimen aplicable a los denominados *browsewrap agreements* y los retos y problemas de encuadre que tales acuerdos plantean en el Derecho contractual europeo y nacional[303].

Por ultimo, respecto a las características o requisitos de los datos personales facilitados a cambio del suministro debe tenerse en cuenta que el Art. 3.1 DCSD excluye la aplicabilidad de la Directiva cuando: 1) Los datos sean tratados exclusivamente por el comerciante a efectos «funcionales», esto es, con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales de conformidad con la Directiva, cual acontece, por ejemplo, con una aplicación de navegación en relación con el acceso a la geo-localización del consumidor o con los datos utilizados por las plataformas de *streaming* para la recomendación/personalización de contenidos afines a las preferencias de los usuarios, siempre y cuando los datos en cuestión no sean posteriormente reutilizados con

---

solución que también se extrapolaba, bajo ciertas condiciones, a la IP dinámica en la STJUE de 19 de octubre de 2016, *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, C-582/14, EU:C:2016:779, apartados 38 y ss., motivo por el cual tal referencia a la dirección IP se eliminó de los Cdos. de la Directiva 2019/770/UE en el transcurso de las negociaciones entre el Consejo, el Parlamento y la Comisión Europea. *Cfr.* STAUDENMAYER, D., «Article 3», cit., p. 72.

302. *Cfr.*, entre otros, Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive…», cit., pp. 263-264; y STAUDENMAYER, D., «Article 3», cit., p. 72. Por otro lado, También es necesario tener en cuenta el tratamiento de estas *cookies* en la Propuesta de Reglamento relativo al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas [COM (2017) 10 final), Cdos. 20 y ss.] por lo que hubiera sido deseable que la Directiva fuera más clara a este respecto abordando expresamente el tratamiento de las cookies. *Cfr.* RIECHERT, A., «Data as a Counter-Performance», en Lohsse, S. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 275-276.

303. A este respecto *vid.* por todos CÁMARA LAPUENTE, S., «Nuevos perfiles…», cit., pp. 331 y ss.

otra finalidad[304], reutilización que resulta frecuente en la práctica[305]; 2) Su facilitación responde al cumplimiento por el comerciante con los requisitos legales a los que está sujeto y no son tratados por éste con ningún otro fin, situación que el Cdo. 25 DCSD ejemplifica refiriéndose a los casos en los que *el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación*, relativos, por ejemplo, a la prevención del blanqueo de capitales o a la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea[306]. La razón subyacente a la exclusión de ambos supuestos, reproducida igualmente en el Art. 59.4 TRLGDCU (así como –no desde el prisma contractual sino de la innecesaridad de consentimiento para el tratamiento de tales datos– en el Art. 6.1 RGPD, letras b y c[307]), estriba en la ausencia de beneficio alguno por parte del empresario asociado a los datos facilitados por el consumidor, cuyo tratamiento ha de carecer de finalidad comercial alguna para que la exclusión opere[308].

---

304. *Cfr.*, entre otros, Sánchez Lería, R., «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 45, 2018, p. 13. (con todo el ejemplo de *WhatsApp* que la autora maneja, refiriéndose a la necesidad de facilitar el número de teléfono del consumidor para la ejecución del servicio y su posterior utilización con fines distintos, resulta a mi parecer desacertado, vista la exclusión del ámbito de aplicación de la DCSD de las comunicaciones interpersonales dependientes de la numeración en los términos ya vistos, cual acontecería con dicha aplicación de mensajería); Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 264; STAUDENMAYER, D., «Article 3», cit., pp. 72-73; García Pérez, R. M.ª, ob. cit., p. 183; o Martínez Calvo, J., ob. cit., pp. 104-105 (haciéndose eco de ese mismo ejemplo de *WhatsApp* manejado por SÁNCHEZ LERÍA, sin recalar en la referida exclusión de tal supuesto *ex* Art. 3.5.b DCSD).

305. *Cfr.* CONESA CABALLERO, O., ob. cit., p. 146. El autor pone como ejemplo el caso de *Waze*, destacando cómo dicho navegador emplea a efectos de segmentación publicitaria (para mostrar anuncios de terceros anunciantes) no solo la ubicación de origen o de destino, sino también las direcciones guardadas como «casa» o «trabajo».

306. *Vid.* Reglamento 2021/784/UE sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea (en particular la ejemplificación de los servicios digitales comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento recogida en su Cdo. 14).

307. *Vid.*, entre otros, MAŃKO, R. y MONTELEONE, S., «Contracts for the supply of digital content and personal data protection», European Parliament Research Service, Briefing, PE 603.929, May 2017, pp. 8-9; STAUDENMAYER, D., «Article 3», cit., p. 73; Martínez Calvo, J., ob. cit., p. 104; o CONESA CABALLERO, O., ob. cit., p. 146.

308. *Cfr.*, entre otros, Loos, M., ob. cit., p. 27; Sein, K. y Spindler, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», cit., p. 264; MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 421-423; y CONESA CABALLERO, O., ob. cit., p. 146.

2. PROBLEMAS DE INTERACCIÓN ENTRE EL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LA DIRECTIVA DE SUMINISTRO

Tal y como se ha avanzado, la dimensión constitucional de los datos personales y el régimen jurídico aplicable a su tratamiento instaurado, particularmente, en el Reglamento general de protección de datos 2016/679/UE y, a nivel nacional, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, implican un claro desafío en lo que concierne a su articulación con la regulación de los contratos de suministro instaurada en la Directiva 2019/770/UE, como ya apuntase en su momento el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su dictamen sobre la Propuesta de Directiva[309].

Dicha interrelación entre las vertientes contractual y *iusfundamental* del suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales resulta insuficientemente resuelta por la mera primacía reconocida al Reglamento de Protección de datos en los anteriormente referidos Arts. 3.8 DCSD y 114.1 TRLGDCU[310], en particular por lo que respecta a los requisitos del consentimiento para el tratamiento de tales datos y a los derechos de los usuarios respecto de tales datos instaurados en dicho Reglamento y su incidencia tanto en la validez del contrato celebrado –cuestión que escapa a la Directiva *ex* Art. 3.10– como en su dinámica de funcionamiento.

2.1. Validez del consentimiento contractual en el suministro a cambio de datos personales

En tanto que requisito esencial del contrato *ex* Art. 1261 CC, la validez del consentimiento contractual del consumidor al tratamiento de sus datos personales a cambio del suministro de contenidos y servicios digitales resulta una cuestión que no debe enjuiciarse de acuerdo con el Reglamento de Protección de Datos (en particular sus Arts. 4.11 y 6 a 8) y la Ley Orgánica de Protección de Datos, sino –*ex* Art. 3.10 DCSD– según las reglas de los Arts. 1262 y ss. de nuestro Código Civil. Y ello en la medida en que la dinámica de interacción entre dicho Reglamento 2016/679/UE y la Directiva 2019/770/UE pasa por la asunción de que un consentimiento ilícito a efectos del tratamiento de los datos personales no se traduce necesariamente en la invalidez

309. *Vid. European Data Protection Board, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*.

310. *Cfr.* entre otros, STAUDENMAYER, D., «Article 3», cit., pp. 88-89; Sattler, A., ob. cit., p. 232; y MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., p. 430.

del contrato de suministro a cambio de tales datos (con la consiguiente superposición de consentimientos que operan en planos diferenciados que ello entraña)[311], pese a lo que a primera vista pudiera inferirse de varios de los Considerandos previos de la Directiva[312] y aun cuando tal planteamiento deba ser matizado en relación con ciertos aspectos.

Esta diferenciación entre ambos tipos de consentimiento (contractual *vs* consentimiento al tratamiento) necesariamente debe presidir y modular

---

311. *Cfr.*, entre otros, HACKER, P., «Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive», pp. 57-61 y METZGER, A., «A Market Model…», cit., pp. 33-34, ambos en Lohsse, S. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020; García Pérez, R. M.ª, ob. cit., en particular pp. 188-189 y 191-192; o MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., p. 443. Como tales autores ponen de relieve, no puede olvidarse que la vinculación de la validez de ambas clases de consentimiento implicaría un empeoramiento de la situación del consumidor, ya que de considerarse que la invalidez del consentimiento al tratamiento de datos personales –de acuerdo con el RGPD– invalida también el consentimiento contractual –y, por ende, el contrato de suministro celebrado– se estaría asumiendo que el empresario que incumple las obligaciones de dicho RGPD resultaría beneficiado por tal incumplimiento, en la medida en que el consumidor quedaría privado de los remedios contractuales que la normativa de consumo –incluida la DCSD– le confiere.
Por lo demás, como destaca GARCÍA PÉREZ, la necesidad de tal diferenciación entre la validez del consentimiento a efectos del tratamiento de datos personales desde el prisma del RGPD y a efectos contractuales y las posibles confusiones que pueden darse resultaba enfatizada por el propio Supervisor Europeo de Protección de Datos en su *Opinion 8/2018 on the legislative package A New Deal for Consumers* –previamente mencionada a propósito de los problemas relativos a la caracterización como contraprestación de los datos personales–, concluyendo cómo «…the EDPS is concerned that if the concept of "contracts for the supply of a digital content or digital service for which consumers provide their personal data, instead of paying with money" were introduced by the Proposal, it could mislead service providers who would be led to believing that the processing of data based on consent in the context of a contract is legally compliant in all cases, even where the conditions for valid consent set out in the GDPR are not fulfilled. This would undermine legal certainty» (p. 17).
En sentido contrario, en nuestro país parecen decantarse por la vinculación de la invalidez del consentimiento prestado de acuerdo con el RGPD con la invalidez del contrato de suministro, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, S., «Nuevos perfiles…», cit., pp. 340-341 y 384 (pese a diferenciar los distintos conjuntos normativos aplicables en estos casos: Derecho contractual general, Derecho del consumo y normativa en materia de protección de datos); GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», en González Pacanowska, I. y Plana Arnaldos, M.ª C. (Dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 255; o CONESA CABALLERO, O., ob. cit., pp. 153 y ss.;
312. *Vid.* a este respecto, por ejemplo, los Cdos. 37, 38, 48 o 69 DCSD.

el análisis de la articulación de los «fundamentos jurídicos» tasados que el Art. 6 RGPD prevé para que el consentimiento al tratamiento de datos personales resulte lícito. De lo contrario el esquema de funcionamiento sobre el que la Directiva 2019/770/UE se asienta, al supeditar su aplicación (Art. 3.1 DCSD) al hecho de que el tratamiento de datos personales del consumidor facilitados se efectúe con fines que excedan de los necesarios para el propio suministro de los contenidos/servicios digitales o para el cumplimiento de requisitos legales (subsumibles en los previamente referidos apartados b y c del Art. 6.1 RGPD), resultaría inviable y contradictorio en la práctica.

La imposibilidad de fundamentar la validez del consentimiento del consumidor al tratamiento de sus datos personales a cambio del suministro de contenidos/servicios digitales en dichos apartados b) y c) del Art. 6.1 RGPD –vista la exclusión de tales supuestos del ámbito de aplicación de la Directiva– deja abierta la posibilidad de recurrir a los apartados a) y f) de dicho Art. 6.1 RGPD[313], habida cuenta de la manifiesta inadecuación a tales efectos de las restantes bases jurídicas previstas en dicho precepto[314].

El apartado f) del Art. 6.1 RGPD contempla la licitud del tratamiento de datos personales «…necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero», lo que *a priori* podría dar cobertura al tratamiento de datos a cambio del suministro al interesado de contenidos/servicios digitales, máxime habida cuenta de la expresa conceptualización por el Reglamento del tratamiento con fines de *mercadotecnia directa* como interés legítimo a los efectos de dicho apartado (Cdo. 47 RGPD), supuesto en el cual resulta evidente que los fines del tratamiento exceden de los necesarios para el suministro de los contenidos/servicios digitales [dada la interpretación realizada por el Supervisor Europeo del apartado

313. *Cfr.*, entre otros, WENDEHORST, C., «Personal Data in Data Value Chains – Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?», en Lohsse, S. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 200; o García Pérez, R. M.ª, ob. cit., pp. 183 y 187.

314. Nótese que la letra d) del Art. 6.1 RGPD alude a que el tratamiento de los datos personales resulte «…necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física», lo que evidentemente no acontece en el caso de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Otro tanto acontece con la base jurídica prevista en el apartado e), que articula la licitud del tratamiento de los datos personales cuando dicho «el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento».

b) del Art. 6.1[315]] o el cumplimiento de requisitos legales a los que alude el referido Art. 3.1 DCSD. Pese a ello, el recurso a dicha base del apartado f) como fundamento jurídico de la licitud del suministro a cambio de datos personales resulta problemático[316], en particular por dos grandes motivos[317]: por un lado, porque de acuerdo con el propio apartado f) los intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento de datos no pueden prevalecer sobre el derecho fundamental del interesado[318], lo que habida cuenta de la naturaleza puramente económica de los intereses característicos de la mercadotecnia difícilmente puede implicar la admisión de su prevalencia[319], como por lo demás destacaba en su momento el Supervisor Europeo de Protección de Datos a propósito de la Propuesta de Directiva[320]; por otro lado, porque el concepto de intereses legítimos a estos efectos es objeto de interpretación restrictiva, confiriendo carta de naturaleza únicamente a la mercadotecnia directa de los productos y servicios del propio suministrador de los contenidos/servicios digitales y tan solo en relación a sus propios clientes[321].

---

315. A este respecto *vid.* en detalle *European Data Protection Board Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects* (disponibles online en https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf).

316. A propósito de los problemas suscitados por el recurso a la base jurídica del Art. 6.1(f) RGPD en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales *vid.*, entre otros, ROMAIN, R. y SMIT, L., «The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law», *ERA Forum*, Vol. 19, Issue 2, 2018, p. 169; JANEČEK, V. y MALGIERI, G., ob. cit., pp. 113-114; WENDEHORST, C., «Personal Data…», cit., pp. 201-202; o García Pérez, R. M.ª, ob. cit., pp. 193-195.

317. *Cfr.* MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 434-435.

318. Acerca de la prevalencia de los derechos y libertades fundamentales del interesado sobre el interés al tratamiento de datos *vid.* SSTJUE de 4 de mayo de 2017, *Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde c. Rīgas pašvaldības SIA «Rīgas satiksme»*, C-13/16, EU:C:2017:43, apartado 28 y de 29 de julio de 2019, *Fashion ID GmbH & Co.KG c. Verbraucherzentrale NRW eV*, C-40/17, EU:C:2019:629, apartado 95.

319. Con carácter general el Tribunal de Justicia parece decantarse por la prevalencia del derecho fundamental a la protección de datos sobre los intereses económicos del responsable del tratamiento de datos, como se aprecia, por ejemplo, a propósito del denominado derecho al olvido en la STJUE de 13 de mayo de 2014, *Google Spain, S. L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, C-131/12, EU:C:2014:317, apartados 80-81.

320. *Cfr. European Data Protection Board Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, p. 17.

321. *Cfr.*, entre otros, WENDEHORST, C., «Personal Data…», cit., p. 202; y MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 434-435. Esta restricción de la aplicabilidad de la base del Art. 6.1(f) en los casos de mercadotecnia únicamente en relación con los propios productos/servicios y clientes del responsable del tratamiento de datos resultaba, por

Es precisamente a la vista de tales problemas suscitados por el apartado f) del Art. 6.1 RGPD que –pese a su utilización en la práctica por importantes empresas del sector[322]– buena parte de los autores se decantan por analizar la licitud del tratamiento de los datos personales en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales de acuerdo con la base del apartado a) de dicho precepto, relativa al tratamiento de datos personales *para uno o varios fines específicos*, entendiendo por fines específicos los determinados en las respectivas políticas de privacidad de las empresas del sector con motivo de la cesión de datos vinculada al suministro concertado[323].

Con todo, dicho planteamiento resulta igualmente insatisfactorio, puesto que el problema de cifrar la validez del consentimiento en la base jurídica del Art. 6.1(a) RGPD estriba en los requisitos que el Reglamento exige para que el consentimiento al tratamiento de los datos personales se considere libremente emitido, en particular los derivados de la estricta aplicación de los Arts. 4.11 y 7 RGPD. Tales requisitos resultan críticos a la hora de abordar la validez del consentimiento al tratamiento de datos personales y marcan un punto de inflexión en pro de la necesaria diferenciación entre la validez del *consentimiento al tratamiento de datos personales* y la validez del *consentimiento contractual al suministro* de los contenidos y servicios digitales a cambio de datos, habida cuenta de las tensiones y dificultades que la compatibilización y articulación unitaria de ambas clases de consentimiento suscitan[324].

Nótese que en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales no necesarios para la ejecución del

---

lo demás, destacada por el *Data Protection Working Party* del Art. 29 en sus *Guidelines on Automated individual decisión-making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679* de 2018 (wp251rev.01), pp. 14-15 (disponibles online en https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053).

322. *Cfr.* García Pérez, R. M.ª, ob. cit., p. 194. Así, dicha autora destaca cómo «El recurso al interés legítimo como base de licitud de determinadas finalidades del tratamiento de datos personales es frecuente en los clausulados y políticas de privacidad de los proveedores de contenidos digitales, como puede observarse en su empleo por algunas de las principales empresas proveedoras de prestaciones digitales: redes sociales (*Facebook* e *Instagram*/*WhatsApp*); descarga de contenidos y servicios digitales (*Google* y *Apple*); plataforma de música en streaming (*Spotify*); plataforma de servicios *cloud* (*Dropbox*)».

323. *Cfr.* García Pérez, R. M.ª, ob. cit., pp. 186-187 (analizando someramente las dispares expresiones empleadas en la práctica por las políticas de privacidad predispuestas por destacadas empresas que operan en el ámbito del suministro de contenidos y servicios digitales, tales como *Google*, *Apple*, *Spotify*, *Facebook*, *Instagram* o *Dropbox*).

324. *Cfr.*, entre otros, Romain, R. y Smit, L., ob. cit., pp. 168-169; García Pérez, R. Mª, ob. cit., pp. 186 y ss.; y MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 434 y ss.

contrato *ex* Art. 6.1.(b) RGPD, resulta frecuente que el consentimiento del consumidor al tratamiento de tales datos se incluya de forma «poco transparente» entre los términos y condiciones generales del clausulado contractual, lo que entra en abierta contradicción con los requisitos de consentimiento inequívoco, afirmativo, separado y granular de los Arts. 4.11 y 7.2 RGPD y 6.2 LOPD[325] –como expresamente se explicita en las Directrices del Supervisor Europeo en materia de consentimiento[326] y se ha confirmado en relación con las condiciones generales predispuestas por el *Grupo Meta*[327]–, pero no necesariamente desde el punto de vista contractual, si bien en tal caso resulta obvia la aplicación de la Directiva 1993/13/CE relativa a las cláusulas abusivas y los controles que de ella derivan (a los que alude el propio RGPD[328]), incluido el de transparencia, en tanto que en este caso el «precio» del contrato consiste en la cesión de los datos personales del consumidor[329].

---

325. *Cfr.* García Pérez, R. M.ª, ob. cit., p. 189.

326. *Cfr. European Data Protection Board Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/679* (Versión 1.1) de 4 de mayo de 2020, pp. 16 o 18-19 (disponibles online en *https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf*). La imposibilidad de que la inclusión del consentimiento al tratamiento de datos personales en los términos/condiciones generales cumpla con los requisitos exigidos del RGPD se explicita igualmente en las *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679* elaboradas por el grupo de trabajo del Art. 29 de 11 de abril de 2018 (WP260 rev.01), p. 7 (disponibles online en *https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en*).

327. *Vid. European Data Protection Board Binding Decisions 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service*, *4/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Instagram service*, *5/2022 on the dispute submitted by the Irish SA regarding WhatsApp Ireland Limited*, así como la más reciente *Urgent Binding Decision 01/2023 requested by the Norwegian SA for the ordering of final measures regarding Meta Platforms Ireland Ltd* (todas ellas disponibles online en https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/consistency-findings/binding-decisions_en).

328. Recuérdese que el Cdo. 42 RGPD expresamente alude a la interacción entre el consentimiento al tratamiento de datos personales y la Directiva 1993/13/CE en los términos siguientes: «Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento. En particular en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías de que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE del Consejo (10), debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas».

329. *Cfr.*, entre otros, METZGER, A., «Data…», cit., pp. 4-5 y «Un modelo de Mercado…», cit., p. 135; Helberger, N., Zuiderveen Borgesius, F. y Reyna, A., ob. cit., p. 1438; HACKER, P., «Regulating…», cit., pp. 61 y ss. y WENDEHORST, C., «Personal Data…», cit., pp.

Particularmente problemático resulta, igualmente, el requisito previsto en el Art. 7.4 RGPD –reiterado en el Art. 6.3 LOPD y desarrollado tanto por el Supervisor Europeo[330] como por nuestra AEPD[331]– de que el consentimiento al tratamiento de los datos personales por el interesado no esté condicionado por la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio respecto de los cuales el tratamiento en cuestión resulta innecesario[332], en la medida en que –como se ha dicho– tal innecesariedad constituye el punto de partida de aplicación de la Directiva de suministro[333] (Art. 3.1), con la consiguiente contradicción que una interpretación estricta de dicho precepto y su aplicabilidad al enjuiciamiento de la validez del consentimiento contractual podría implicar[334]. De hecho, desde el prisma del RGPD para que la invalidez asociada a tal condicionalidad del consentimiento al tratamiento de datos personales quede enervada se requiere que el responsable del tratamiento/proveedor del suministro ofrezca alternativas de elección, cual acontecería, por ejemplo, cuando se posibilita al consumidor acceder al mismo suministro de contenidos/servicios a cambio de datos personales o –alternativamente– a cambio de un precio[335] (solución por la que últimamente se han decantado

---

207-208; o CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., p. 19 y también en «Nuevos perfiles…», cit., p. 333 [aludiendo a la aplicación de dicha Directiva 1993/13/CE por la Sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de Paris de 9 de abril de 2019, en relación con *Facebook*, así como por la SAP Baleares, Sección 3.ª, de 26 de marzo de 2020 (JUR 2020, 154580), en relación con el posible carácter abusivo de la clásula que posibilitaba a Twitter la suspensión unilateral de la cuenta en caso de atentar contra el honor de terceros].

330. *Vid. European Data Protection Board Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/679* (Versión 1.1) de 4 de mayo de 2020, pp. 7 y 10-12.

331. *Vid.* la Nota técnica de 2019 de la AEPD sobre el deber de informar y otras medidas de responsabilidad proactiva en apps para dispositivos móviles, p. 2 (disponible online en https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/nota-tecnica-apps-moviles.pdf).

332. No en balde, el Cdo. 43 RGPD asocia tal condicionamiento con la inexistencia de un consentimiento libre, precisando cómo «Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente (…) cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento».

333. Acerca de las repercusiones y problemas suscitados por dicho Art. 7.4 RGPD en relación con los contratos de suministro a cambio de datos personales *vid.*, entre otros muchos, METZGER, A., «Data…», cit., p. 5; García Pérez, R. M.ª, ob. cit., p. 189; MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., p. 117; y MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 435-437.

334. *Cfr. Cfr.* METZGER, A., «Data…», cit., p. 5; y MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 436-437.

335. *Cfr.* JANEČEK, V. y MALGIERI, ob. cit., p. 113; y MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit, p. 436.

algunos proveedores del entorno digital, caso por ejemplo del antes referido *Grupo Meta*[336]). En defecto de dicha elección –y sin perjuicio de la necesaria diferenciación de los requisitos aplicables al consentimiento contractual en los términos previamente apuntados– la validez del consentimiento prestado por el consumidor al tratamiento de sus datos a efectos del Art. 7.4 RGPD deberá justificarse en atención a parámetros tales como el carácter no esencial, dispensable, recreacional, etc. del contenido/servicio suministrado, características que *a priori* resultan incompatibles con la existencia de «coerción» alguna en la prestación del consentimiento prestado[337].

Con todo, la necesidad de enjuiciamiento separado en los contratos de suministro de los requisitos de validez del consentimiento al tratamiento de los datos a efectos del Reglamento 2016/679/UE y a efectos contractuales debe ser matizada en lo que concierne a la casuística particular de los menores de edad, respecto de los cuales ambos planos normativos no discurren de manera paralela, vistas las limitaciones impuestas por los Arts. 8 RGPD[338] y 7 LOPD[339], cuya integración en la determinación de la capacidad negocial

---

336. *Vid. https://about.fb.com/news/2023/10/facebook-and-instagram-to-offer-subscription-for-no-ads-in-europe/*

337. *Cfr.* METZGER, A., «Data…», cit., 2017, p. 5; y acogiendo la opinión de dicho autor MILÀ Rafel, R., «Datos personales…». cit., p. 437.

338. *Cfr.* METZGER, A., «Data…», cit., p. 4.

339. El Art. 8 RGPD, dedicado las condiciones aplicables al consentimiento de los menores en relación con los servicios de la sociedad de la información, establece en su apartado 1 fija los 16 años como edad mínima para la emisión de un consentimiento válido al tratamiento de los datos personales ex Art. 6.1(a) RGPD, si bien posibilitando la fijación de una edad inferior por los Estados miembros (hasta como máximo los 13 años), si bien al mismo tiempo especifica en su apartado 3 que dicha regla «…no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño», con la consiguiente remisión al Derecho contractual nacional que ello entraña. La recepción de dicha regla en el Derecho español en el Art. 7 LOPD se decanta por la fijación de un mínimo de 14 años para que el consentimiento al tratamiento de los datos personales realizado por menores sea válido, refiriéndose expresamente a la celebración de *actos* o *negocios jurídicos* (incluidos por ende contratos como, por ejemplo, los de suministro de contenidos y servicios digitales), matizando la posible necesidad de asistencia de los padres/tutores para la validez del negocio en el marco del cual se efectúa el tratamiento de tales datos personales, referencia que resulta incompleta, habida cuenta de que no solo será necesaria la asistencia de tales sujetos sino autorización judicial cuando el negocio en el marco del cual se efectúa el tratamiento de los datos personales así lo requiera de acuerdo con las reglas generales del Código Civil, cual acontecería, por ejemplo, cuando el tratamiento se asocie con la enajenación de un bien inmueble (Arts. 166, 224 y 287 CC).

de los menores resulta preceptiva *ex* Art. 1263 CC[340]. Consecuentemente, en el caso concreto del Derecho español tales contratos de suministro a cambio de datos personales únicamente pueden ser celebrados por menores mayores de 14 años, debiendo en caso contrario contar con el correspondiente consentimiento de sus padres o tutores, so pena de invalidez –anulabilidad en este caso– del contrato celebrado[341].

Por otro lado, también en relación con las bases jurídicas que de acuerdo con el Reglamento 2016/679/UE confieren validez al tratamiento de datos personales, es importante recalar en la prohibición al tratamiento de las denominadas *categorías especiales de datos personales* instaurada en el Art. 9.1 RGPD[342], dada la impronta que los datos incardinables en tales categorías especiales tienen a efectos prácticos en el suministro de contenidos y servicios digitales[343]. A mi parecer, las dificultades que la incardinación

340. Nótese que el Art. 1263 CC establece que «Los menores de edad no emancipados podrán celebrar *aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes* y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales», con la consiguiente remisión que ello entra a la normativa sectorial aplicable en cada caso, incluida la relativa a la protección de datos personales.

341. *Cfr.* entre otros, García Pérez, R. M.ª, ob. cit., p. 192; GARCÍA GARNICA, M.ª C., «Datos personales y menores de edad», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 182; y MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., pp. 99-100.

342. De acuerdo con dicho Art. 9.1 RGPD: «Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física».

343. Tal y como destaca, García Pérez, R. M.ª, «Pensemos en contenidos o servicios digitales que solicitan datos de las siguientes categorías: datos de geolocalización o ubicación, que pueden revelar información especialmente sensible sobre ideología, creencias religiosas, condiciones de salud y permitir la elaboración de perfiles o de decisiones automatizadas; grabaciones de asistentes virtuales de voz (*Siri*, *Google Home*, *Alexa*…) o captación de sonidos realizada por aplicaciones móviles (aplicación móvil *appLALIGA*) pueden igualmente revelar datos de esta índole e impactar en otros ámbitos de la esfera privada de las personas; datos biométricos, como los que pueden extraerse a partir de fotografías o videos facilitados por los usuarios, por la últimamente viral aplicación rusa *FaceApp*, que supuestamente imagina el envejecimiento, o la china *Zao*, que superpone la imagen de la cara de una persona a la de un famoso en una serie o película; datos de salud, como el ritmo cardiaco registrado por dispositivos de entrenamiento o seguimiento de la salud» (ob. cit., p. 195).

del mero consentimiento del consumidor en el marco de un contrato de suministro de contenidos/servicios digitales al tratamiento de datos de categoría especial dentro de los supuestos tasados que enervan la prohibición al tratamiento de tales datos (Art. 9.2 RGPD) no hacen sino corroborar la necesaria desligazón entre la validez del consentimiento contractual y del consentimiento al tratamiento de datos a efectos del Reglamento 2016/679/UE. Sobre todo, vista la prohibición instaurada en el Derecho español en el Art. 9.1 LOPD, en el que expresamente se proscribe –a efectos del Art. 9.2(a) RGPD[344]– la fundamentación en el consentimiento del interesado del tratamiento de datos «…cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico»[345].

2.2. Impronta de los derechos reconocidos en el Reglamento de protección de datos en el devenir del contrato

Ha de tenerse en cuenta que las fricciones en los contratos de suministro a cambio de datos personales entre el Reglamento 2016/679/UE y la Directiva 2019/770/UE no se agotan en los problemas relativos a la diferenciación entre los planos contractual y de tratamiento de tales datos en lo que concierne a la validez del consentimiento prestado, sino que se extienden también a la impronta que el ejercicio de los derechos que el Reglamento reconoce a los interesados tiene sobre la dinámica de funcionamiento o eficacia del contrato celebrado, facetas que, por ejemplo, el legislador alemán ha procedido a desligar[346].

---

344. Nótese que el Art. 9.2(a) RGPD prevé la exención de la prohibición del tratamiento de los datos de categoría especial cuando «el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados», si bien reconociendo al mismo tiempo la posibilidad de los Estados miembros de establecer que la prohibición del Art. 9.1 RGPD *no puede ser levantada por el interesado*, posibilidad de la que, efectivamente, ha hecho uso el legislador español en el referido Art. 9.1 LOPD, al menos en relación con algunas de las categorías especiales contempladas en dicho Art. 9.1 RGPD. En detalle acerca de las implicaciones de la prohibición al consentimiento basado en el tratamiento, su alcance y problemática interpretación de su no extensión a los denominados *datos manifiestamente públicos* a que alude el Art. 9.2(e) RGPD *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 101-106.

345. *Vid.* a este respecto GARCÍA PÉREZ, R. M.ª, ob. cit., pp. 195-197; MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., p. 100; o CONESA CABALLERO, O., ob. cit., pp. 146-147.

346. *Cfr.* §327q BGB, apartado 1.

En particular, así se ha destacado sistemáticamente en relación con la incidencia en los contratos de suministro del derecho a la revocación del consentimiento al tratamiento de datos instaurado en el Art. 7.3 RGPD, visto que –según se ha dicho– tal revocación unilateral e incondicional del consentimiento no encuentra parangón en el plano contractual y afecta, además, a la «contraprestación» facilitada a cambio de los contenidos/servicios digitales proveídos al consumidor, pese a lo cual carece de una regulación *ad hoc* en la Directiva 2019/770/UE, que se limita en este punto a diferenciar ambos planos y remitirse al Reglamento 2016/679/UE (Cdo. 39 DCSD[347]). Problemática que resulta igualmente extrapolable a la oposición del consumidor al consentimiento prestado *ex* Art. 6.1(f) RGPD al tratamiento de sus datos con fines legítimos[348], oposición que según el Art. 21 RGPD puede también producirse en cualquier momento[349].

El carácter imperativo del reconocimiento de tal derecho a la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos personales implica, no solo su carácter absoluto y la imposibilidad de su exclusión por acuerdo de las partes[350], sino también serios problemas respecto a la posibilidad de que su ejercicio por el consumidor pueda conceptualizarse *stricto sensu* como un incumplimiento contractual que legitime la correlativa resolución del contrato por el empresario[351], interrogante que de forma plenamente consciente la Directiva 2019/770/

347. Dicho Cdo. 39 DCSD se limita a preceptuar: «El derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. El derecho del consumidor a resolver el contrato con arreglo a la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho del consumidor con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales del consumidor».

348. Por lo demás, tal equiparación de los problemas suscitados por la revocación del consentimiento y la oposición al tramiento se infiere claramente en el Derecho alemán de la literalidad del apartado 2 del §327q BGB.

349. *Cfr.*, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., p. 20; o MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., nota 122.

350. *Cfr.*, entre otros, Schmidt-Kessel, M., «Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract», en Lohsse, S. y Staudenmayer, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 140; García Pérez, R., ob. cit., p. 190; AGUILERA RUIZ, L. «La revocación del consentimiento…», cit., p. 125; MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., p. 438; o MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., p. 118;

351. *Cfr.*, entre otros, LANGHANKE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M., ob. cit., p. 221; García Pérez, R., ob. cit., p. 190; y ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor…», cit., p. 9. En contra, posicionándose en todo caso a favor de la conceptualización de la revocación

UE deja sin clarificar, remitiendo expresamente a los Estados miembros las consecuencias contractuales derivadas del ejercicio de tal revocación[352] (Cdo. 40).

Con todo, la resolución parece erigirse con carácter general en la solución más plausible en tal caso, en la medida en que la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos personales claramente afecta al carácter vinculante y sinalagmático del contrato de suministro[353], al menos cuando el suministro tiene carácter continuado o se encuentra pendiente de actos de ejecución posteriores a la revocación[354]. De hecho, dicha solución es precisamente la instaurada en nuestro ordenamiento en el apartado 7 del Art. 119 *ter* TRLGDCU, si bien la resolución contemplada en dicho precepto tiene una naturaleza *sui generis*, dada la exclusión del derecho a indemnización alguna a favor del empresario en tal caso, en aras a salvaguardar la integridad del carácter libre que la decisión del consumidor a la revocación de su consentimiento al tratamiento de datos personales ha de tener (Cdo. 42 RGPD), que se vería comprometida en caso de tener que afrontar una «penalización» derivada de la revocación[355], tal y como expresamente se destaca a propósito de la solución prevista en el §327q BGB[356]. A mi modo

---

del consentimiento como un supuesto claro de incumplimiento contractual por parte del consumidor, *vid.*, por ejemplo, MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., p. 120.

352. De acuerdo con dicho Cdo. 40 DCSD «La presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional».

353. *Cfr.*, entre otros, METZGER, A., «Data…», cit., p. 6; LANGHANKE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M., ob. cit., p. 221; MILÀ RAFEL, R., «Datos personales…», cit., p. 439; o MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., p. 122.

354. Sin perjuicio de ulteriores consideraciones que pueden tenerse en cuenta a estos efectos en relación con supuestos en los que, por ejemplo, la monetización de los datos personales por el empresario se produce con anterioridad al momento en que el consumidor revoca su consentimiento al tratamiento de los datos personales. *Cfr.* MILÀ RAFEL, R., «Datos personales…», cit., pp. 439-440.

355. Como destaca MILÀ RAFEL, R., el hecho de que el Art. 119 *ter* TRLGDCU vede toda posibilidad del empresario de ser indemnizado por la revocación del consumidor al tratamiento de sus datos personales reduce «…considerablemente las consecuencias negativas de la resolución contractual en estos casos» («Datos personales…», cit., p. 441). Tal es así que, a mi modo de ver, dicho planteamiento supone un argumento capital de cara a disipar las dudas planteadas por algunos autores acerca de la legitimidad de la solución adoptada por el legislador español en dicho precepto, caso particular de CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit, pp. 20-21.

356. De acuerdo con dicho §327q BGB Sobre tal caracterización en el BGB de la revocación al tratamiento de datos personales como supuesto de resolución contractual sin derecho a indemnización del empresario en aras a salvaguardar la libertad característica

de ver, esta exclusión del derecho del empresario a una indemnización de daños y perjuicios asociada a la revocación/oposición del consumidor al tratamiento de sus datos personales, unida a las referidas dificultades que la catalogación de dicha revocación como incumplimiento contractual suscita, hace que en tal caso no estemos –técnicamente hablando– en presencia de una hipótesis de resolución propiamente dicha[357], sino de un supuesto de desistimiento unilateral del contrato reconocido al empresario[358], catalogación por la que, con mayor acierto, ha optado el legislador catalán en el Art. 621-78 CCCat[359].

La inexistencia de penalización alguna asociada a la revocación del consentimiento al tratamiento de sus datos personales *ex* Art. 7.3 RGPD implica –de facto– el reconocimiento al consumidor de un derecho a desistir unilateralmente del contrato de suministro en cualquier momento, por su mera voluntad (*ad nutum*) y sin necesidad de alegación o concurrencia de

---

del derecho instaurado en el Art. 7.3 RGPD *vid.* SCHULZE, R., «Germany», en De Franceschi, A y Schulze, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 294-295.

357. A favor de la conceptualización técnicamente hablando de la revocación al consentimiento prestado para el tratamiento de datos personales como un supuesto de resolución contractual *vid.*, por ejemplo, AGUILERA RUIZ, L., «La revocación del consentimiento…», cit., pp. 126 y 127.

358. A este respecto, como certeramente destaca CARRASCO PERERA, A., ha de tenerse en cuenta que «Si no existe incumplimiento, y aunque n ocasiones el legislador se pronuncie en términos de "resolución", el remedio contractual en sentido estricto es un "desistiiento". Desistir es un privilegio legal, pues comporta la concesión a una de las partes, o a las dos, de la facultad de poner fin a una relación contractual normalmente duradera (como en la sociedad civil o en el contrato de agencia)» (*Derecho de contratos*, 3.ª Ed., Thomson-Reuters, Pamplona, 2021, pp. 1208-1209).

359. De acuerdo con dicho Art. 621-78 CCCat: «1. En caso de que el adquirente ejerza el derecho a revocar el consentimiento o a oponerse al tratamiento de sus datos personales, en los términos del Reglamento (UE) 2016/679, el suministrador que presta contenidos o servicios digitales de manera continuada durante un periodo de tiempo, o en una serie de actos individuales, puede desistir del contrato si este suministro se encuentra pendiente de ejecución en todo o en parte. 2. El suministrador no puede reclamar al adquirente ninguna indemnización por los daños y perjuicios que pueda causarle el ejercicio de los derechos mencionados». Sobre la conveniencia de conceptualizar la revocación del consentimiento al tratatamiento de datos personales en los contratos de suministro de contenidos/servicios digitales como un supuesto de desistimiento unilateral en nuestro ordenamiento *vid.*, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., p. 24; ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor…», cit., p. 9.; o MILÀ Rafel, R., «Datos personales…», cit., pp. 441-442.

justificación alguna[360] (excepción hecha claro está de situaciones de ejercicio de tal revocación con carácter manifiestamente malicioso y abusivo[361]), con las consiguientes diferencias de trato que ello entraña respecto a los contratos en los que la contraprestación del suministro se cifra en dinero, en particular por lo que concierne al plazo de ejercicio de dicho derecho[362]. Diferencias de trato en función del tipo de contraprestación a cargo del consumidor que, dicho sea de paso, puede resultar además decisiva en cuanto al ámbito de aplicación de los Arts. 119 *ter* TRLGDCU, y 621-78 CCCat, concretamente cuando dicha contraprestación tiene una naturaleza mixta (se paga dinero y además se facilitan datos personales), supuesto en el cual la aplicabilidad del derecho del empresario a resolver/desistir del contrato resulta incierta[363].

---

360. De hecho, no han faltado quienes consideran que habida cuenta de los efectos sobre el contrato de suministro que la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos personales por parte del consumidor entraña se produce en este punto una clara contradicción con un principio básico relativo a la validez de los contratos –aspecto que recordemos escapa no solo al ámbito material de aplicación de la Directiva de suministro *ex* Art. 3.10 sino también, en gran medida, del TRLGDGU de acuerdo con su Art. 59.2–, cual acontece con la prohibición instaurada en el Art. 1256 CC, a cuyo tenor «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». *Cfr.* SÁNCHEZ LERÍA, R., «El contrato de suministro…», cit., p. 22; García Pérez, R., ob. cit., p. 191; MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., p. 119. Otro tanto acontece si se equipara la revocación ex Art. 7.3 RGPD como una condición meramente potestativa (*Cfr.* LANGHANKE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M., ob. cit., p. 221), proscrita en nuestro ordenamiento so pena de nulidad a tenor de lo dispuesto en el Art. 1115 CC.

361. Tal y como apuntan LANGHANKE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M. «When thinking of developing a basic concept of consumer data as consideration a bit further has to discuss, at least, two possible exceptions to this exclusion of damages in case of withdrawal. First, the strong effects of the mandatory nature of the right to withdraw do not protect the consumer or other data subject from a – contractual or extra-contractual – liability for fraud where the consumer deludes the business or other data controller as to his intention concerning the continuity of the consent to process with the personal data. A second exception could be the situation of a mistimed withdrawal. This refers to the general need under a contract with an obligation to provide personal data to provide for a kind of transitional period. Such a transitional period would aim to give the business or other data controller the opportunity to set an end on his data processing activities and to prevent him from being liable for processing in the meantime of that transitional period»ob. cit., p. 222). Planteamiento de dichos autores que acoge también, por ejemplo, García Pérez, R., ob. cit., p. 190.

362. *Cfr.*, entre otros, García Pérez, R., ob. cit., p. 190; y MARTÍNEZ CALVO, J., ob. cit., pp. 119-120.

363. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance…», cit., p. 21, planteando más supuestos en los que la aplicabilidad de la resolución contractual instada por el empresario prevista en dicho Art. 119 *ter* TRLGDCU se antoja incierta.

Por último, conviene también apuntar la incidencia que el incumplimiento de los requisitos o principios básicos relativos al tratamiento de los datos personales instaurados en el Reglamento 2016/679/UE puede tener sobre la falta de conformidad –subjetiva u objetiva– de los contenidos/servicios digitales suministrados, cuestión a la que expresamente alude el Cdo. 48 DCSD y respecto de la cual no hay rastro ni en la transposición efectuada en el Texto Refundido de Consumidores y Usuarios ni en el Código Civil de Cataluña, a diferencia de cuanto acontece, por ejemplo, en el Derecho francés[364]. A tales efectos la Directiva se vale de algunos ejemplos que permiten evidenciar cómo dicho incumplimiento del Reglamento por el empresario en el tratamiento de los datos puede implicar una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, tanto desde un punto de vista subjetivo (Art. 7 DCSD) como objetivo (Art. 8 DCSD)[365], con la consiguiente entrada

364. *Cfr.* ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor…», cit., p. 9. Así, el vigente Artículo L217-6 del *Code de la consommation* expresamente aborda tal incidencia de la infracción del RGPD en la falta de conformidad, disponiendo que «Lorsqu'à l'occasion du contrat, un traitement de données à caractère personnel est opéré par le professionnel, un manquement de sa part aux obligations lui incombant au titre du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 et de la loi n.° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dès lors que ce manquement entraîne le non-respect d'un ou de plusieurs critères de conformité énoncés à la présente section, est assimilé à un défaut de conformité, sans préjudice des autres recours prévus par ces textes». *Cfr.* BORGHETTI, J. S., «France», cit., p. 268.

365. En este sentido el Cdo. 48 DCSD alude a casos en los cuales el empresario asuma expresa o implícitamente en el contrato la obligación de cumplir con los requisitos del Reglamento 2016/679/UE en materia de tratamiento de los datos personales, lo que implicaría una falta de conformidad «subjetiva» de los contenidos/servicios digitales. En relación con la falta de conformidad «objetiva» dicho Cdo. 48 se refiere a casos en los que, por ejemplo, el *software* de cifrado de datos suministrado al consumidor «…no aplicara las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados, con lo que el programa (software) de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, que es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto», aludiendo claramente al supuesto previsto en el Art. 8.1(a) DCSD. La falta de conformidad desde un punto de vista objetivo podría también darse cuando los contenidos/servicios digitales no posean las características normales que el consumidor puede razonablemente esperar ex Art. 8.1(b) DCSD, cual acontecería «…si el empresario de una aplicación de compra en línea no adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2016/679 para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor y, como consecuencia de ello, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor quedan expuestos a programas maliciosos o programas espía, esa omisión también podría constituir una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el sentido de la presente Directiva, ya que el consumidor puede razonablemente esperar que una aplicación de este tipo tenga

en juego de las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la Directiva 2019/770/UE «…a menos que el contrato ya sea nulo o anulable en virtud del Derecho nacional», planteamiento acogido en la Directiva 2019/770/UE que no hace sino ratificar la independencia entre la validez/invalidez del contrato de suministro y el tratamiento de los datos personales, en los términos previamente analizados[366].

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L. «La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770», *La Ley Unión Europea*, N.º 75, 30 de noviembre de 2019.

– «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770», en ALONSO PÉREZ, M.ª T. y HERNÁNDEZ SÁINZ, E. (Dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 117-129.

ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., «La protección del consumidor en la contratación electrónica de bienes y servicios a través de plataformas», en ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (Coord.), *Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2018, pp. 39-109.

APARICIO VAQUERO, J. P., «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *InDret*, N.º 3, 2016 (disponible online en https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1246.pdf).

– «La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo», *Revista de Educación y Derecho*, N.º 24, 2021, pp. 1-33 (disponible online en https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/36290).

---

habitualmente características que impidan que se revelen los datos de los pagos». A propósito de la incidencia del incumplimiento del RGPD en los parámetros objetivos/subjetivos de la falta de confirmidad *vid. infra* el Capítulo de GÓMEZ POMAR, Apartado III.2.

366. Nótese que si el incumplimiento de los requisitos relativos al tratamiento de datos personales previstos en el RGPD acarrease automáticamente la invalidez del contrato celebrado la entrada en juego de los mecanismos de puesta en conformidad de los contenidos/servicios digitales en los contratos de suministro a cambio de datos personales a que alude dicho Cdo. 48 DCSD no entrarían en juego.

ARCOS VIEIRA, M.ª L., «Condición legal de consumidor y contratos con "doble finalidad". Comentario a la STS de 5 de abril de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 105, 2017, pp. 343-383.

ARNAU RAVENTÓS, L., «Transmisión onerosa de un producto y su conformidad con el contrato: una relectura de la STJUE de 7 de septiembre de 2017 (Asunto 247/16, *Schottelius*)», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 16, N.º 2, 2018, pp. 42-61 (disponible online en https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2018-nordm-2/transmision-onerosa-de-un-producto-y-su-conformidad-con-el-contrato-una-relectura-de-la-stjue-de-7-de-septiembre-de-2017-asunto-24716-schottelius/).

– «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 79-100 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

– «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Education and Law Review*, N.º 24, 2021 (disponible online en https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/36294).

– «Productos digitales en el Derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 47-95.

– «El arrendamiento de bienes con elementos digitales: ¿qué reglas, europeas y españolas, en materia de conformidad del producto digital al contrato?», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 29, N.º 3, 2022, pp. 25-51 (disponible online en https://cij.up.pt//client/files/0000000001/3-lidia-arnau_1956.pdf).

ARNAU RAVENTÓS, L. y GRAMUNT FOMBUENA, M., «Cap a un dret català conforme a las Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *Indret*, N.º 1, 2022, pp. 171-205 (disponible online en https://indret.com/cap-a-un-dret-catala-conforme-a-les-directives-ue-2019-770-i-2019-771/).

– «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil*, N.º 1, 2023, pp. 75-125 (disponible online en https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/9934).

ARROYO AMAYUELAS, E., «Article 14. Hosting», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)* C. H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 475-489.

– «El Derecho de las plataformas en la Unión Europea», en ARROYO AMAYUELAS, E. *et al..*, *Servicios en plataformas. Estrategias regulatorias*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, pp. 21-67.

– «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 19-46.

– «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa y bienes de consumo y suministro de contenidos digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 41, 2022, pp. 1-32 (disponible online en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955).

– «La transformación digital de los contratos de consumo en España», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y PLANA ARNALDOS, M.ª C. (Dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 23-62.

– «Spain», en DE FRANCESCHI, A y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 625-647.

ARROYO VENDRELL, T., «Aproximaciones a la propuesta de directiva europea sobre los contratos de contenidos y de servicios digitales», en KINDL, J. y ARROYO VENDRELL, T. (Eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 37-61.

– «La ruptura con el principio de la inalteración del derecho preexistente con motivo de la tipificación de los contratos de suministro de contenido digital: Un nuevo derecho de los contratos del derecho electrónico», en CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J. A. (Dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 251-267.

AVIÑÓ BELENGUER, D., «El uso de cookies de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, N.º 56, 2021.

AZPARREN LUCAS, A., «Comentario al Art. 137» en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto*

Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Colex, Madrid, 2011, pp. 1195-1203.

BARCELÓ COMPTE, R., «A propósito de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (caso EU contra PE Digital GmbH): suministro de servicios digitales y derecho de desistimiento», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 26, N.º 3, 2021, pp. 14-30 (disponible online en https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2021-nordm-3/a-proposito-de-la-stjue-de-8-de-octubre-de-2020-caso-eu-contra-pe-digital-gmbh-suministro-de-servicios-digitales-y-derecho-de-desistimiento/).

BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCSD y la DCCB», *Indret*, N.º 3, 2022, pp. 1-27 (disponible online en https://indret.com/la-conformidad-de-los-bienes-con-elementos-digitales-un-supuesto-en-la-interseccion-de-la-dcd-y-la-dcv/).

BEALE, H., «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, February 17 2016 (disponible online en *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0cc9d941-c291-11e6-a6db-01aa75ed71a1*).

– «The story of EU contract law — from 2011 to 2014», en TWIGG-FLESNER, C. (Ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 431-462.

– «Conclusion and Performance of Contracts: An Overview», en SCHULZE, R. *et al.* (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 33-57.

– «Digital Content Directive and Rules for Contracts on Continuous Supply», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (JIPITEC), N.º 12, Issue 2, 2021, pp. 96-110 (disponible online en https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-12-2-2021/5286).

BOLLINGER, D., *Analyzing Cookies Compliance with the GDPR*, Masther Thesis, Institute of Information Security (ETH Zürich), 2021 (disponible online en https://www.research-collection.ethz.ch/bitstream/handle/20.500.11850/477333/Bollinger_Dino.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

BORGHETTI, J. S., «France», en DE FRANCESCHI, A y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 249-272.

– «Adapting Product Liability to Digitalisation: Trying Not to Put New Wine Into Old Wineskins», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Liability for AI* (*Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 129-164.

BUITEN, M. C., «The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation», J*ournal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 12, 2021, pp. 361-380 (disponible online en https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-12-5-2021/5491).

– «Product Liability for defective AI», *European Journal of Law & Economics*, 2024 (disponible online en https://link.springer.com/article/10.1007/s10657-024-09794-z).

BURLEZ, P., «A consumer Law for Professionals: Radical innovation or consolidation of national practices?», en LOOS, M. B. M. y SAMOY, I. (Eds.), *The Position of Small and Medium-Sized Entreprises in European Contract Law,* Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 41-71.

BUSCH, C., SCHULTE-NÖLKE, H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A. y ZOLL, F., «The Rise of the Platform Economy: A new challenge for EU Consumer Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, Issue 1, 2016, pp. 3-10.

CADENAS OSUNA, D., «Artículo 20», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 361-374.

CAFAGGI, F. y IAMICELI, P., «The limits of contract laws. The control of contractual power in trade practices and the preservation of freedom of contract within agri-food global supply chains», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 117-159.

CALVO CARAVACA, A. L., «Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 86-96 (disponible online en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5181).

CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 20», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 277-288.

– «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 11, 2014, pp. 79-167 (disponible online en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/579).

– «La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales», en ORTÍ VALLEJO. A. *et al.* (Coords.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 211-269.

– «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret*, N.º 3, 2016 (disponible online en https://indret.com/el-regimen-de-la-falta-de-conformidad-en-el-contrato-de-suministro-de-contenidos-digitales-segun-la-propuesta-de-directiva-de-9-12-2015/).

– «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales: acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desestimiento y conformidad», en *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 573-604.

– «Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular en contratos con consumidores)», en *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 607-635.

– «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: Supresión, recuperación y portabilidad», en CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J. A. (Dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 157-249.

– «Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 163-191

– «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, N.º 9881 (Sección Tribuna), 29 de junio de 2021.

– «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar?», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 331-405.

– «Comentario al Art. 3», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 103-158.

CAMPOS CARVALHO, J., «Online Platforms: Concept, Role in the Conclusion of Contracts and Current Legal Framework in Europe», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 239-254 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 3.ª Ed., Thomson-Reuters, Pamplona, 2021.

CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021.

CASTILLO PARRILLA, J. A., «El concepto de contenidos digitales en la Directiva 2011/83/UE y la Ley 3/2014. Visión crítica y propuesta alternativa», en ORTÍ VALLEJO, A. *et al.* (Coords.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 351-364.

– «A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados "de suministro de contenidos digitales". A propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015)», en DE SALES CAPILLA-RONCERO *et al.* (Dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018.

– «Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD», *La Ley Mercantil*, N.º 82, 1 de julio de 2021.

CAUFFMAN, C., «The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy — (Too) Platform and Service Provider Friendly?», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, Issue 6, 2016, pp. 235-243.

– «New EU Rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, N.º 4, 2019, pp. 469-479 (disponible online en *https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1023263X19865835*).

CAUFFMAN, C. y GOANTA, C., «A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection», *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 0, 2021, pp. 1-17 (disponible online en *https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/new-order-the-digital-services-act-and-consumer-protection/8E34BA8A209C61C42A1E7ADB6BB904B1*).

CONESA CABALLERO, O., «El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 2, 2024 (disponible online en https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/428498/522926).

CUENA CASAS, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 2, 2020, pp. 283-348 (disponible online en *https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612/4024*).

D'ALESSIO, A., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework – Part I: Platform to business user relations», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020 (disponible online en *http://www.ejplt.tatodpr.eu/Article/Archive/index_html?ida=230&idn=7&idi=-1&idu=-1*).

DABROWSKI, A., *et al.*, «Measuring Cookies and Web Privacy in a Post-GDPR World», en CHOFFNES, D. y BARCELLOS, M. (Eds.), *Passive and Active Measurement*, Springer, 2019, Switzerland, 2019, pp. 258-270.

DE BRUYNE, J., DHEU, O. y DUCUING, C., «The European Commission's approach to *extra*-contractual liability and AI – An evaluation of the AI liability directive and the revised product liability directive», *Computer Law & Security Review*, Vol. 51, 2023.

DE ELIZALDE IBARBIA, F., «La Directiva 2019/2161 de modernización del Derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales» (2021) *Revista de Derecho Civil*,

N.º 4, 2021, pp. 47-89 (disponible online en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/734/558).

DE FRANCESCHI, A., *La vendita con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

– «Consumer's Remedies for Defective Goods with Digital Elements», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (JIPITEC), 2021, pp. 143-156 (disponible online en *https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5292*).

– «Italy», en DE FRANCESCHI, A y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 381-408.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.ª S., «Artículo 93», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 1412-1428.

DIAS SIMÕES, F., «The importance of SMEs for the European Market», en LOOS, M. y SAMOY, I. (Eds.), *The Position of Small and Medium-Sized Entreprises in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 9-25.

DIÉGUEZ AGUILERA, L., «Sobre la condición de consumidor mixto y su prueba: a propósito de la STS 43/2022 y otras resoluciones judiciales», *Diario La Ley*, N.º 10116, 2022.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.ª I., «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, N.º 4, 2020, pp. 93-120.

EFRONI, Z., «Gaps and Opportunities: The Rudimentary Protection to "Data-Paying Consumers" under New EU Consumer Protection Law», Weizenbaum Series #4 Working Paper, 2020 (disponible online en https://d-nb.info/1267842148/34).

ELIZALDE SALAZAR, I., *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. (Dir.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018, pp. 559-586.

– «Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework», *European Review of Private Law*, Vol. 29, Issue 3, 2021, pp. 517-544.

– «Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los *e-marketplaces*», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 665-763.

– *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, N.º 4, 2021, pp. 161-226 (disponible online en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/691).

GARCÍA GARNICA, M.ª C., «Datos personales y menores de edad», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 161-238.

GARCÍA GOLDAR, M., «Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (UE) 2019/770», en MARTÍNEZ NADAL, A. (Dir.*), Plataformas Digitales: Aspectos jurídicos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021, pp. 83-113.

GARCÍA PÉREZ, R., «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva 770/2019: licitud del tratamiento y conformidad de los contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 175-208 (disponible online en https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491238454.pdf).

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159.

– «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y PLANA ARNALDOS, M.ª C. (Dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 221-270.

GARRIE, D. B. y WONG, R., «Regulating Voice over Internet Protocol: An E.U./U.S. Comparative Approach», *American University International Law*

Review, Vol. 22, Issue 4, 2007, pp. 549-581 (disponible online en https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1130&context=auilr).

GEMIGNANI, M. C., «Product Liability and *Software*», *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 8, Issue 2, 1981, pp. 173-204.

GILI SALDAÑA, M.ª A., «Contratos mixtos y el concepto de "consumidor": Comentario a la STS de 5 de abril de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 108, 2018, pp. 29-49.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», *Indret*, N.º 4, 2022 (disponible online en https://indret.com/la-propuesta-de-directiva-sobre-responsabilidad-por-danos-causados-por-productos-defectuosos/).

GÓMEZ LIGÜERRE, C. y GARCÍA-MICÓ, T., «Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies», *Indret*, N.º 1, 2020, pp. 501-511 (disponible online en https://indret.com/liability-for-artificial-intelligence-and-other-emerging-technologies/).

GÓMEZ POMAR, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret*, N.º 4, 2021 (disponible online en *https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/Editorial-FGP-1.pdf*).

– «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 495-549.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y PLANA ARNALDOS, M.ª C. (Dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 271-335.

GONZÁLEZ POVEDA, P., «La responsabilidad del fabricante frente a terceros», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 2008, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 821-886.

GSELL, B., «Time limits remedies of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020,

pp. 101-118 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

GUTÍERREZ SANTIAGO, P., *Daños Causados por Productos Defectuosos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

HACKER, P., «Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 47-76.

– «The European AI liability directives — Critique of a half-hearted approach and lessons for the future», *Computer Law & Security Review*, Vol. 51, 2023, pp. 1-42 (disponible online en https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736492300081X).

HELBERGER, N., ZUIDERVEEN BORGESIUS, F. y REYNA, A., «The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law», *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 5, 2017, pp. 1427-1465.

HERRERÍAS CASTRO, L., «El conocimiento efectivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿Hacia una obligación general de supervisión?», en HERNÁNDEZ SAINZ, E., MATE SATUÉ, L.C. y ALONSO PÉREZ, M.T. (Dirs.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 235-261.

– ¿Matar al mensajero? La responsabilidad de las redes sociales y los usuarios por difamación», *Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 40, 2024, pp. 1-12 (disponible online en *https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n40-herrerias*).

HESSELINK, M. W., «SMEs in European Contract Law», en BOELE-WOELKI, K. y GROSHEIDE, W. (Eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2007, pp. 349-371.

– «The values underlying the Draft Common Frame of Reference: what role for fairness and "social justice"?», *Study for the Directorate General Internal Policies of the Union*, European Parliament (PE-408/312), 2008 (disponible online en https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JOIN_ET%282008%29408312).

HOWELLS, G., «Purpose and Effect of the Directive», en MACHNIKOWSKI, P. (Ed.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge — Antwerp — Portland, 2016, pp. 25-30.

HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C. y WILHELMSSON, T., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London/New York, 2018 (disponible online en *https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/23205*).

HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILLETT, C., «Product Liability and Digital Products», en SYNODINOU, T. *et al.* (Eds.), *EU Internet Law. Regulation and Enforcement*, Springer, Switzerland, 2017, pp. 183-195.

JANEČEK, V. y MALGIERI, G., «Data *Extra* Commercium», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 95-125.

JANSSEN, A., SCHULZE, R. y and MACHNIKOWSKI, P., «The Content of the Product Liability Directive», en MACHNIKOWSKI, P. (Ed.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge — Antwerp — Portland, 2016, pp. 40-97.

KALAMEES, P., «Goods with Digital Elements and the Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (JIPITEC), N.º 2, 2021, pp. 131-142 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5294).

KALAMEES, P. y SEIN, K., «Connected Consumer Goods: Who is Liable for defects in the Ancillary Digital Service», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, Issue 1, 2019, pp. 13-22.

KARNER, E., KOCH, B. A. y GEISTFELD, M. A., *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission), 2021 (disponible online en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8a32ccc3-0f83-11ec-9151-01aa75ed71a1/language-en).

KELLEHER, D. y MURRAY, K., *EU Data Protection Law*, Bloomsbury, London, 2018.

KOCH, B. A. *et al.*, *Response of the European Law Institute to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022 (disponible online en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf).

KRANENBORG, H., «Article 8», en PEERS, S. *et al.* (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 231-290.

KRETSCHMER, M., PENNEKAMP, J., y WEHRLE, K., «Cookie banners and privacy policies: Measuring the impact of the GDPR on the web», *ACM Transactions on the Web* (TWEB), Vol. 15, No. 3, 2021 (disponible online en https://jpennekamp.de/wp-content/papercite-data/pdf/kpw21.pdf).

LANGHANKE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M., «Consumer Data as Consideration», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 4, Issue 3, 2015, pp. 218-223.

LETE ACHIRICA, J., «Comentario al Art. 116», en CAÑIZARES LASO, A. y ZUMAQUERO GIL, L. (Dirs.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1699-1701.

LOIS CABALLÉ, A. I., «El "comerciante ocasional": el impacto de las nuevas tecnologías en el marco de la economía colaborativa, en la delimitación de los conceptos de consumidor y comerciante», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º 55, 2021.

LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., «Data as Counter-Performance — Contract Law 2.0? An Introduction», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 9-21.

LOOS, M., «Not Good but Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content», en CLAEYS, I. y TERRYN, E. (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 3-53.

LOOS, M. *et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam, 2011 (disponible online en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fee0cc7-5f4d-46c5-897b-48844f07f027).

LOOS, M., HELBERGER, N., GUIBAULT, L. y MAK, C., «The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law», *European Review of Private Law*, Vol. 19, Issue 6, 2011, pp. 729-758.

LOOS, M. y SAMOY, I., «The Position of Small and Medium-Sized Entreprises in European Contract Law: An Introduction», en LOOS, M. y SAMOY,

I. (Eds.), *The Position of Small and Medium-Sized Entreprises in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 1-8.

LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, F. *et al.., Behavioural study on the transparency of online platforms* (*Final Report*), European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 2018 (disponible en *https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-transparency-online-platforms-2018_en*).

MACÍA MORILLO, A., «Comentario al Art. 137», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 1993-2012.

MAK, C., «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content», en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016 (disponible online en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cfb903b-c295-11e6-a6db-01aa75ed71a1).

MAŃKO, R. y MONTELEONE, S., «Contracts for the supply of digital content and personal data protection», European Parliament Research Service, Briefing, PE 603.929, May 2017 (disponible online en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI%282017%29603929_EN.pdf).

MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «La condición del consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 22, 2017, pp. 197-206 (disponible online en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1452).

MARTÍN CASALS, M., «Comentario a los Arts. 128 y 129», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, T. II, pp. 1891-1931.

– «La regulación de la responsabilidad extracontractual por daños causados por sistemas de inteligencia artificial (IA) mediante dos propuestas de directiva», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, N.º 1, 2023, pp. 6-30.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en la era digital», Actualidad Jurídica Iberoamericana, N.º 16

bis, junio 2022, pp. 3642-3683 (disponible online en *https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/137.—Sonia-Martin—* pp. 3642-3683.pdf).

MARTÍNEZ CALVO, J., «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 88-135 (disponible online en *https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/1672.pdf*).

MATO PACÍN, M.ª N., «Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 48, 2019.

METZGER, A., «Data as Counter-Performance — What Duties do Parties Have?», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 8, Issue 1, 2017, pp. 1-8 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528).

– «A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 25-45, y en versión en abierto *Forschungsinstitut für Recht und digitale Transformation Working Paper series* No. 8, Humboldt-Universität zu Berlin, 2019 (disponible online en https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/rdt/*pub*/working-paper-no-8).

– «Un modelo de mercado para los datos personales. Estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 121-140.

METZGER, A., EFRONI, Z., MISCHAU, L. y METZGER, J., «Data-Related Aspects of the Digital Content Directive», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018, pp. 90-109 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4682/JIPITEC_9_1_2018_90-109_Metzger_et_al).

MILÀ RAFEL, R., «La declaración del *European Law Institute* sobre la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales a consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 20, 2016, pp. 249-259 (disponible online en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1267).

– «Intercambios digitales en Europa: Las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 17, 2016, pp. 11-44 (disponible online en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1054/867).

– «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 23, 2016, pp. 1-14 (disponible online en https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n23-mila).

– «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (part II): conformity and remedies for lack of conformity», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 24, 2017, pp. 50-63 (disponible online en *https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n24-mila/420449*).

– «Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 407-450.

MINERO ALEJANDRE, G., «Reventa de *software* de segunda mano. Estado de la cuestión en la Unión Europea tras las Sentencia *UsedSoft* c. *Oracle International*», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 26, 2012, pp. 161-181.

MISCHAU, L., «The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 11, Issue 1, 2022, pp. 6-13.

MØGELVANG-HANSEN, P., «Scope of the Directive's Regulation», en MACHNIKOWSKI, P. (Ed.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge — Antwerp — Portland, 2016, pp. 31-39.

MONTINARO, R., «Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the european legal framework — Part II: Platform to consumer relations», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Issue 2, 2020 (disponible online en https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/article/view/1262).

MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services — Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, Issue 5, 2019, pp. 194-201.

– «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa y de contenidos digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 31-48.

– «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) — ámbito de aplicación y grado de armonización», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 930-940 (disponible online en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5230).

– «Portugal», en DE FRANCESCHI, A y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 527-539.

MOŽINA, D., «Art. 20», en SCHULZE, R.y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU DIGITAL LAW(Article-by-Article Commentary)*, C.H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 321-329.

NARCISO, M., «'Gratuitous» Digital Content Contracts in EU Consumer Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6, Issue 5, 2017, pp. 198-206.

NYCUM, S., «Liability for Malfunction of a Computer Program», *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 7, Issue 1, 1979, pp. 1-22.

NAVARRO MICHEL, M., «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto defectuoso», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 7, N.º 5 (octubre-diciembre), 2020, pp. 175-223 (disponible online en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/572).

NAVAS NAVARRO, S., «Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente. Una mirada al futuro», *Diario La Ley*, N.º 35, Sección Ciberderecho, 27 de diciembre de 2019.

– «Robot Machines and Civil Liability», en EBERS, M. y NAVAS NAVARRO, S. (Eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, 2020, pp. 157-173.

– *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial. Especial atención a su futura regulación*, Comares, Granada, 2022.

NÚÑEZ ZORRILLA, C., «La nueva Directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos

totalmente automatizados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 796, 2023, pp. 801-851.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M., «La «adaptación» del derecho de daños a la inteligencia artificial: la propuesta de Directiva sobre responsabilidad», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, N.º 40, 2024 (disponible online en https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n40-ortiz).

PAREDES PÉREZ, J. I., «Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I *bis* (1): Sentencia TJ de 10 de diciembre 2020, asunto C-774/19», *La Ley Unión Europea*, N.º 89, 2021.

PARRA LUCÁN, M.ª A., *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.

– «Comentario a los Arts. 128, 136 y 137», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2.ª Ed., Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, pp. 1843-1884 y 1931-1995.

PATTI, F. P., «The European Road to Autonomous Vehicles», *Fordham International Law Journal*, Vol. 43, 2019, pp. 125-161 (disponible online en https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol43/iss1/4/).

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson-Reuters, Pamplona.

PEGUERA POCH, M., «The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 53, 2022, pp. 681-684 (disponible online en https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-022-01205-7).

REYES LÓPEZ, M.ª J., «La evolución del concepto de consumidor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16 *bis*, 2022, pp. 3230-3257 (disponible online en *https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/123* —Ma.— Jose-Reyes-pp.—3230-3257.pdf).

RIECHERT, A., «Data as a Counter-Performance», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 265-277.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «La responsabilidad por «*software*» defectuoso en la contratación mercantil», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º 10, 2006, pp. 83-110.

– «The revision of the product liability directive: a key piece in the artificial intelligence liability puzzle», *ERA Forum*, Vol. 24, 2023, pp. 247-259 (disponible online en https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-023-00751-y).

ROMAIN, R. y SMIT, L., «The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law», *ERA Forum,* Vol. 19, Issue 2, 2018, pp. 159-177.

ROSE, K., ELDRIDGE, S. y CHAPIN, L., «The internet of things: An overview», *The internet society (ISOC)*, Vol. 80, No. 15, 2015, pp. 1-53 (disponible online en https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/08/ISOC-IoT-Overview-20151221-en.pdf).

RUBÍ PUIG, A., «Retos de la inteligencia artificial y adaptabilidad del derecho de daños», en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PEGUERA POCH, M. (Coords.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 57-71.

RUIZ GARCÍA, C. A. y MARÍN GARCÍA, I., «Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994», *Indret*, N.º 4, 2006 (disponible online en https://indret.com/producto-inseguro-y-producto-defectuoso/).

SALVADOR CODERCH, P., «Defectos de producto», en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (Dirs.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 135-219.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 45, 2018.

– «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Indret*, N.º 4, 2021, pp. 33-87.

SATTLER, A., «Autonomy or Heteronomy — Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 225-251.

SCHMIDT-KESSEL, M., «Right to Withdraw Consent to Data Processing — The Effect on the Contract», en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D.

(Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 129-146.

SCHULTE-NÖLKE, H., «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Article 9, Mixed-purpose contracts», en SCHULZE, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) — Commentary*, C.H. Beck-Hart-Nomos, München, 2012, pp. 110-114.

SCHULZE, R., «Germany», en DE FRANCESCHI, A y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law. The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 273-300.

SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. y LOHSSE, S., «Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps — An Introduction», en SCHULZE, R. *et al.* (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 11-30.

SEIN, K., «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods: Goods with Embedded Digital Content in the Borderland between the Digital Content Directive and Normal Contract Law», *JIPITEC-Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 8, Issue 2, 2017, pp. 96-110 (disponible online en *https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-8-2-2017/4559*).

– «Legal problems of electronic platform economy — Estonian perspective», en BLAUROCK, U. *et al.*. (Eds.), *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträg*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 79-96.

– «Goods with Digital Elements and the Interplay with Directive 2019/771 on the Sale of Goods» (disponible online en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600137).

SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services — Scope of Application and Trader's Obligation to Supply — Part 1», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, pp. 257-279.

– «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services — Conformity Criteria, Remedies and Modifications — Part 2», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 4, 2019, pp. 365-391.

SÉNÉCHAL, J., «Article 2», en SCHULZE, R.y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C.H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 43-57.

- «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France», en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, Issue 6, 2021, pp. 266-266.

SEUBA TORREBLANCA, J. C. y CERDÁ ALBERO, F., «Sujetos responsables», en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (Dirs.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 221-247.

SOLÉ I FELIÚ, J., *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

– «Responsabilidad del suministrador y daños causados por productos defectuosos. Comentario a la STS de 21 de enero de 2020», *CCJC*, N.º 114, 2020, pp. 345-374.

SPINDLER, G., «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, 2016.

– «Contract Law and Copyright — Regulatory Challenges and Gaps», en SCHULZE, R. *et al.* (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 209-228.

– «User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots», en LOHSSE, S. *et al.* (Eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 125-143.

– «Digital Content Directive and Copyright-related Aspects», *JIPITEC*, N.º 2, 2021, pp. 111-130.

– «Different approaches for liability of Artificial Intelligence — pros and Cons», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Liability for AI* (*Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 41-95.

STAUDENMAYER, D., «The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees — a Milestone in the European Consumer and Private Law», *European Review of Private Law*, Vol. 8, Issue 4, 2000, pp. 547-564.

– «Article 3. Scope», en SCHULZE, R.y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law (Article-by-Article Commentary)*, C.H. Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 57-91.

– «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, 2020, pp. 219-250.

STUYCK, J., «Do We Need «Consumer Protection» for Small Businesses at the EU Level?», en PURNHAGEN, K. y ROTT, P. (Eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation (Liber Amicorum for Hans Micklitz)*, Springer, Switzerland, 2014, pp. 359-370.

TAN, J., WESTERMANN, H. y BENYEKHLEF, K., «ChatGPT as an Artificial Lawyer?», *Workshop on Artificial Intelligence for Access to Justice*, June 19, 2023, Braga, Portugal (disponible online en https://ceur-ws.org/Vol-3435/short2.pdf).

TORRELLES TORREA, E., «Artículo 117», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1080-1086.

TORRUBIA CHALMETA, B., «Mercado único digital y concepto de consumidor», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 22, 2016, pp. 19-29.

TWIGG-FLESNER, Ch., «Disruptive technology — Disrupted law: How the Digital Revolution Affects (Contract) Law», en DE FRANCESCHI, A. (Ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 21-48.

– «The EU's Proposal for Regulating B2B Relationships on online platforms — Transparency, Fairness and Beyond», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 7, Issue 6, 2018, pp. 222-233.

ULFBECK, V., «Product liability in a world of automated products and digital distribution channels», *Catolica Law Review*, Vol. 4, N.º 2, 2020, pp. 191-200 (disponible online en *https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/9325*).

VANHERPE, J. «While Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) questions regarding the Directives on Sales of Goods ans Supply of digital content», *European Review of Private Law*, Vol. 28, Issue 2, 2020, pp. 251-274.

VELDT, G., «The New Product Liability Proposal — Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive», *Journal of European and Consumer Market Law*, Vol. 12, Issue 1, pp. 25-31.

VERSACI, G., «Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection», *European Review of Contract Law*, Vol. 14, Issue 4, 2018, pp. 374-392.

WAGNER, G., «Robot Liability», 2018, disponible online https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3198764.

WENDEHORST, C., «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Articles 5 and 7», en SCHULZE, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) — Commentary*, C.H. Beck·Hart·Nomos, München, 2012, pp. 40-49 y 53-57, respectivamente.

– «Sale of goods and supply of digital content — two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age», en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 february 2016 (disponible online en (disponible online en https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98774/pe%20556%20928%20EN_final.pdf).

– «Personal Data in Data Value Chains — Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?»,en LOHSSE, S. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as a Counter-Performance — Contract Law 2.0?*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 193-223.

– «Product Liability or Operator Liability for AI — What is the Best Way Forward?», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Liability for AI* (*Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII)*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 99-127.

ZOLL, F., «The Remedies in the Proposals of the only Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, Issue 6, 2016, pp. 250-254.

IV

La obligación del suministro de los contenidos o servicios digitales adquiridos y medidas correctoras por incumplimiento del suministro[1]

CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE
Profesor titular de Derecho Civil
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: I. DEL INTERCAMBIO DE BIENES AL SUMINISTRO DE CONTENIDOS. II. LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. *1. Las reglas sobre suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva.* 1.1. Entrega inmediata tras la conclusión del contrato. 1.2. Reglas especiales para la entrega del soporte material. 1.3. Puesta a de la entrega. 1.4. Responsabilidad del empresario. 1.5. Carga de la prueba de la entrega. 1.6. Medidas correctoras del incumplimiento de la obligación de suministro. *2. Una regulación asimétrica e incompleta.* 2.1. La ausencia de recepción por parte del consumidor y el plazo para comunicar la falta de suministro. 2.2. La obligación de pago del precio. 2.3. El retraso en el suministro y la transmisión de los riesgos. 2.4. La imposibilidad sobrevenida de suministro. *3. La responsabilidad de las plataformas digitales.* III. EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES EN DERECHO ESPAÑOL. *1. El suministro de contenidos y servicios digitales en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.* 1.1 Suministro de contenidos y servicios digitales que no se presten en soporte

1. El presente trabajo se enmarca dentro de los resultados del proyecto «Responsabilidad contractual y extracontractual de las plataformas en línea» (PID2021-126354OB-I00) (IP: Carlos Gómez) financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

material. 1.2. Suministro de contenidos y servicios digitales en un soporte material. *2. El suministro de contenidos y servicios digitales en el derecho catalán de contratos.* IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. DEL INTERCAMBIO DE BIENES AL SUMINISTRO DE CONTENIDOS

Los contratos onerosos de transmisión del dominio sobre cosas determinadas han tenido, en la tradición jurídica que los ha definido, una mecánica muy simple: el propietario o titular de la cosa, la entrega a quien la adquiere a cambio de la prestación acordada que consiste, habitualmente, en el pago de una cantidad de dinero. Así, señaladamente, en el contrato de compraventa. En esa consideración tradicional, la entrega de un bien conforme con el contrato es la obligación principal de quien asumió la transmisión de la titularidad.

En algunos casos, en los que la naturaleza del bien objeto de transmisión no permite o encarece el cumplimiento de la obligación de entrega, los ordenamientos jurídicos han disciplinado medios para facilitar el cumplimiento de esa obligación. En nuestro derecho, los artículos 1462 a 1464 CC dan respuesta a esa necesidad. Se trata de reglas que instrumentalizan o espiritualizan la entrega, en el sentido de que permiten considerarla como hecha si así lo declaran las partes o el contrato se formaliza en escritura pública o se entregan los documentos o títulos de pertenencia, en el caso concreto de bienes incorporales.

Esas reglas, de igual modo que las equivalentes en otros ordenamientos de la Unión, no se ajustan a las exigencias que derivan del suministro de contenidos o servicios digitales, a los que la Directiva 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (la Directiva, Directiva de Contenidos Digitales o DCD, en adelante)[2] dedi-

2. Para un análisis de la propuesta previa a la Directiva de Contenidos Digitales, entre muchos otros, véase, LEHMANN, M., «A European Market for Digital Goods», en DE FRANCESCHI, A. (Ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, 2016, 112-126; TWIGG-FLESNER, C., «Disruptive Technology-Disrupted Law? How the Digital Revolution affects (Contract) Law», en *European Contract Law and the Digital Single Market*, cit., 21-48; DE FRANCESCHI, A., «European Contract Law and the Digital Single Market. Current

ca su atención. Las reglas sobre entrega cumplen, así, con la principal de las finalidades de la Directiva de Contenidos Digitales que, conforme a su Considerando 9, es la armonización de «*determinadas normas esenciales que hasta ahora no estaban reguladas a escala de la Unión ni nacional*»[3].

Tiene sentido que la DCD se preocupe por la entrega de los contenidos y servicios digitales, pues las reglas existentes en los ordenamientos europeos, el español entre ellos, pueden no acomodarse a las exigencias de los contenidos y servicios digitales. Estos bienes digitales deben ser objeto de entrega, sin duda. De otro modo, es impensable que el adquirente pueda emplearlos, pero el modo en que esta entrega debe efectuarse difiere de las reglas clásicas, pensadas para la entrega de cosas tangibles o de bienes intangibles cuya titularidad deriva de su uso o de la tenencia de determinados títulos legales.

Tal es el motivo que explica que la DCD regule con cierto nivel de detalle las circunstancias de esa entrega y que no se haya limitado, como hace

---

Issues and New Perspectives», en *European Contract Law and the Digital Single Market*, cit., 1-17; SCHULZE, R., «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en *European Contract Law and the Digital Single Market*, cit., 127-143; ARROYO VENDRELL, T., «Aproximaciones a la propuesta de directiva europea sobre los contratos de contenido y servicios digitales», en KINDL, J., ARROYO VENDRELL, T., GSELL, B. (Eds), *Verträge* über *digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos, 2018, 37-62; GILIKER, P., «Regulating Contracts foe the Supply of Digital Content: the EU and UK Response», en SYNODINU, T-E., JOGLEUX, P., MARKOU, C., PRASTITOU, T. (Eds.), *EU Internet Law. Regulation and Enforcement*, Springer, 2017, 101-124; LEHMANN, M., «A Question of Coherence. The proposals of EU contract rules on digital content and online sales», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23-5, 2016, 752-774; SPINDLER, G., «Contracts for the Supply of Digital Content», *European Review of Contract Law*, 2016, 183-217.

3. Como señala CÁMARA LAPUENTE, S., «Contratos de suministro de contenidos y Servicios digitales», en SANTOS MORÓN, M. J. Y MATO PACÍN, M., (Coord.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, 2022, 275: «Lo que han hecho las nuevas normas procedentes la Unión Europea, aprobadas, en esencia, en 2011 [Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores] y 2019 [Directiva 2019/770 y Directiva 2019/771], ha sido, además de definir y delimitar, entre otros, los conceptos de "contenido digital" y de "servicio digital", ajustar los usuales instrumentos del derecho del consumo a las particularidades de estas prestaciones, fundamentalmente, en lo relativo a tres ámbitos: la información precontractual, el derecho de desistimiento y la conformidad de los contenidos y servicios digitales con el contrato de suministro. Otras reglas, como las relativas a la responsabilidad por productos o servicios defectuosos o las cláusulas abusivas, por poner dos ejemplos, siguen pendientes de adaptación al tráfico digital». Sobre la organización general de la regulación europea en la materia, FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Aranzadi, 2023.

también, a declarar la obligación de entrega al adquirente de los bienes, contenidos o servicios digitales objeto del contrato.

El artículo 2 DCD define «contenido digital» como datos producidos y suministrados en formato digital (por ejemplo, una aplicación informática)[4]. Como «servicio digital», los que permiten al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital (por ejemplo, un sistema de almacenamiento remoto) o que permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios (como permiten las redes sociales). Estos contenidos y servicios son el objeto de la regulación que incorpora la Directiva de Contenidos Digitales. Es irrelevante que el contenido o el servicio requieran de un soporte físico (un disco óptico, un lápiz de memoria o un aparato que debe conectarse al ordenador, por ejemplo). El artículo 3.3 DCD amplía su ámbito de aplicación a estos casos, en los que el soporte material sirve exclusivamente «como portador de contenidos digitales». En esos casos, y a los efectos que interesan ahora, la entrega de ese soporte es irrelevante para la Directiva, a la que preocupa el suministro efectivo de los servicios o contenidos digitales, con independencia del soporte, en su caso, o medio en que se transmitan del vendedor al adquirente.

La Directiva de Contenidos Digitales excluye de su ámbito de aplicación los «bienes con elementos digitales»[5]. El artículo 2.3 DCD los define como

4. La definición de «contenido digital» se incluyó en la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, cuyo Considerando 19 explicita el sentido de la expresión en derecho europeo: «Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva». Puesto que la DCD complementa las disposiciones de la Directiva 2011/83, la definición debe considerarse vigente.

5. Cuyo régimen es el previsto en la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, cuyo artículo 3.3 dispone que «La presente Directiva no se aplicará a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. No obstante, sí se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, en el sentido del artículo 2, punto 5, letra b), y que se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero. En caso de duda respecto de si el suministro de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él forma o no parte del contrato de compraventa, se presumirá que el contenido o servicio digital está comprendido en el contrato de compraventa». De este modo, el suministro de contenidos y servicios digitales queda sujeto a las disposiciones de DCD. La venta de bienes con

objetos muebles que incorporan contenidos o servicios digitales o conectado con ellos de tal modo que su ausencia supone que el objeto pierde su funcionalidad (por ejemplo, una televisión o un reloj *smart*). En tales casos, el artículo 3.4 DCD los excluye del ámbito de aplicación de la Directiva, siempre que su transmisión sea objeto de un contrato de compraventa. De hecho, el mismo artículo 3.4 DCD establece una presunción legal favorable a la aplicación de las reglas del contrato de compraventa. Conforme a ella, «*En caso de duda respecto de si el suministro de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él forma o no parte del contrato de compraventa, se presumirá que el contenido o servicio digital está comprendido en el contrato de compraventa*». Por tanto, y de nuevo a los efectos que ahora interesan, en esos casos en que el bien no sea un mero soporte de los servicios digitales, sino el entorno o parte del entorno en el que el servicio digital despliega sus funciones, la entrega de esos bienes se regirá por las reglas generales de la compraventa. La opción legal es relevante porque aplica también a los casos en que el elemento digital que opera sobre el bien haya sido suministrado por un tercero diferente del vendedor (*cfr.* artículo 3.4 DCD).

De este modo, y como declara expresamente el Considerando 19 de la Directiva de Contenidos Digitales, su propósito es «abordar los problemas en las diferentes categorías de contenidos digitales, servicios digitales y su suministro.» En relación con la entrega, el mismo Considerando identifica diferentes modos en que puede producirse ese suministro. Menciona, en concreto, «la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales». Una diversidad de medios que aleja el suministro de contenidos digitales de un soporte o bien tangible, que es solo una de las posibilidades. Por esa razón, la Directiva se aplica con independencia del soporte utilizado y, por esa misma razón, desarrolla normas propias relativas a la entrega de los contenidos digitales.

---

contenidos digitales, tal y como se definen en el precepto transcrito y en el 3.4 DCD, queda sujeta a las disposiciones de la Directiva 2019/771, a la que preocupan las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa que los transmite. Para una taxonomía de este tipo de bienes y los servicios de conexión o interconexión que incluyen, RÖLINGER, M., PÜSCHEL, R., EGGER, A., «Ausgangslage und ökonomische Erwartungen and das Internet der Dinge», en BRÁUTIGAM, P., KRAUL, T., *Internet of Things*, Beck, 2021, 28-42 (Rn. 10-49). También, con especial énfasis en las cuestiones relacionadas con la responsabilidad por daños causados por este tipo de bienes, MEZZANOTTE, F., «Risk Allocation and Liability Regimes in the IoT», en DE FRANCESCHI, A., SCHULZE, R., *Digital Revolution – New Challenges for Law*, Beck, Nomos, 2019, 169-189.

La opción de la Directiva se complementa con la correspectiva en la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, a la que quedan sujetas las ventas de bienes con elementos digitales. En esos casos, el bien material no es mero soporte del contenido digital, sino que es necesario para que el bien desarrolle y cumpla sus funciones. El objetivo de la combinación de ambos textos y sus exclusiones respectivas está en evitar los problemas asociados a los contratos «mixtos», en parte consistentes en la venta de bienes, en parte consistentes en el suministro de contenidos y servicios digitales.

El legislador europeo fuerza a los nacionales a regular ambos supuestos de manera diferenciada y toma como criterio de distinción la que considera la prestación característica en cada caso. En la compraventa, el consumidor adquiere un bien. Cuando este adquiere un contenido o un servicio de contenidos, el soporte –que puede no existir– es irrelevante a los efectos de la determinación de las obligaciones del empresario[6].

Existe otra razón, de mayor calado dogmático, que justifica la atención que la DCD presta a la entrega. La Directiva obvia la distinción tradicional entre contrato de compraventa y contrato de servicio y huye de la espinosa cuestión relativa a la definición del contrato en cuya virtud el adquirente tiene derecho a recibir el suministro de algo que no es una mera actividad, sino una información –intangible– que le permite, a su vez, elaborar, almacenar o compartir información o que es necesaria para el correcto funcionamiento de un bien tangible. La definición del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales del artículo 3 DCD obvia deliberadamente la calificación jurídica del contrato. Lo relevante para Directiva es el contenido del contrato, que habrá de consistir en el suministro de un contenido digital. En ausencia de una tipología contractual que sirva de referencia para resolver, a los efectos que ahora interesan, los problemas derivados de la obligación de entrega, la DCD se ve lógicamente forzada a contemplar y regular el modo de cumplimiento de esa obligación y los mecanismos de defensa del derecho del adquirente.

La Directiva abunda, así, en la superación de las categorías jurídicas generales que han organizado tradicionalmente la provisión de bienes y

6. «El legislador europeo ha optado por trascender se aquella naturaleza mixta, reconduciendo íntegramente el bien a un único régimen aplicable.», ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020, 81-82.

servicios[7]. El «suministro» que ocupa a la Directiva de Contenidos Digitales puede ser el cumplimiento de un contrato de compraventa, de tracto único (con o sin obligaciones de mantenimiento o actualización posteriores), o un suministro, de tracto sucesivo, o una licencia de uso o cualquier otra fórmula acordada entre las partes. El elemento relevante para la Directiva no es, así, la finalidad o tipología económica del intercambio, sino el objeto del acuerdo. Cuando se trate de un contenido o servicio digital, serán de aplicación las reglas sobre conformidad, medidas correctoras y modificación del contenido o servicio previstas en la Directiva (*cfr.* artículo 1 DCD).

Consecuente con esta nueva (y perturbadora) visión del sustrato contractual que da lugar al suministro del contenido o servicio digitales, los Considerandos 56 y 57 de la Directiva de Contenidos Digitales parecen tomar la duración del suministro como un criterio diferenciador entre tipos de acuerdos. En el Considerando 57 se mencionan los suministros «mediante un único acto», en los que el consumidor, una vez adquirido el contenido digital puede almacenarlo en un dispositivo personal. El ejemplo que menciona el Considerando es un libro en formato digital. En el Considerando 57, se hace referencia a contenidos o servicios digitales suministrados «de forma continua o por un largo período de tiempo». La distinción solo tiene relevancia en la DCD para determinar el momento en el que el contenido o suministro son conformes con el contrato. También, como se verá, en el momento de determinar la entrega. El legislador europeo no ha buscado otras implicaciones jurídicas en la distinción entre contenido (comprado) y servicio (suministrado), que no puede ser reducida a la dicotomía entre compraventa y servicios (de entrega única la primera y de cumplimiento prolongado en el tiempo el segundo)[8]. De hecho, la Directiva de Contenidos Digitales, que se refiere en toda su regulación a los «contenidos» y a los «servicios» digitales, lo hace siempre de manera conjunta. Aunque los define de modo difícilmente distinguible en el

7. Sobre el tema, desde una perspectiva general y comparada, entre las aportaciones más recientes, MARTENS, S., «Introduction before Art. 18:201» y WILLEMS, C., «Art. 19:101», ambos en JANSEN N., ZIMMERMANN, R. (Eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, 1973-1978 y 2075-2087, respectivamente.

8. Sobre el tema, ARROYO AMAYUELAS, E., «Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, 2022, 23-25. También, CÁMARA LAPUENTE, S., «Contratos de suministro de contenidos y Servicios digitales», cit., 279-281; STAUDENMAYER, D., «Towards a European Private Law of the Digital Economy? Trends», en JANSSEN, A., SCHULTE-NÖLKE, H., (Eds.), *Researches in European Private Law and Beyond*, Nomos, 2020, 65-90.

artículo 2, apartados 1 y 2, DCD, el resto de la Directiva no disciplina un régimen legal diferente para unos y otros.

II. LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

La importancia de la entrega en el suministro de contenidos o servicios digitales viene confirmada por la relevancia que le confiere la Directiva sobre Contenidos Digitales[9]. La Directiva diseña un doble sistema de responsabilidad. En una primera fase, la responsabilidad del empresario suministrador puede derivar de, precisamente, la falta de entrega del contenido o suministro digital. En una segunda fase, la Directiva analiza la eventual falta de conformidad de los contenidos o suministros digitales.

La distinción puede no parecer extraña. De hecho, la ausencia de entrega es un supuesto de incumplimiento del contrato. El más claro, acaso. En ese sentido, la Directiva no habría hecho más que regular, con cierto nivel de detalle, los contornos de la primera obligación del transmitente, que es la de entregar aquello que es objeto de transmisión.

Sin embargo, en la Directiva de Contenidos Digitales la falta de entrega o el retraso en la entrega son supuestos que se distinguen de la falta de conformidad. Esta segunda, que debe apreciarse conforme a los requisitos subjetivos y objetivos que enumeran los artículos 7 y 8 DCD, respectivamente, está sujeta a los remedios («medidas correctoras» las considera la Directiva) de los artículos 14 a 18 DCD. La primera, la falta de entrega o la entrega extemporánea, sin perjuicio de que acabe justificando la resolución por incumplimiento del contrato, se resuelve por sus propias «medidas correctoras», previstas en el artículo 13 DCD.

La novedad del texto europeo está en la previsión de medidas correctoras específicas para la falta de suministro o de entrega de los contenidos o servicios digitales. Unas medidas correctoras que pueden derivar en la resolución del contrato por incumplimiento, pues no puede calificarse de otro modo el incumplimiento de la entrega. No obstante, la Directiva, consciente del carácter de remedio de último recurso que tiene la resolución contractual, ofrece soluciones alternativas que tienden, todas ellas, a promover la entrega, si esta es posible, o a agilizar la resolución cuando sea evidente que la

9. El Considerando 41 de la Directiva califica la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales como «la principal obligación contractual del empresario».

entrega no se producirá o el retraso frustra los intereses del consumidor en el suministro.

1. LAS REGLAS SOBRE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES EN LA DIRECTIVA

La obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales aparece expresamente regulada en los artículos 5, 11.1, 12.1 y 13 de la Directiva. Sus reglas se presentan a continuación[10].

1.1. Entrega inmediata tras la conclusión del contrato

La regla general sobre el suministro de contenidos y servicios digitales la enuncia el artículo 5.1 DCD. Conforme a ella, «*El empresario suministrará los contenidos o servicios digitales al consumidor*». Se enuncia así la obligación básica de cualquier contrato transmisivo de la titularidad o el uso de un bien, en este caso un contenido digital. Los términos legales se justifican por la distancia que la Directiva mantiene respecto del tipo contractual en que haya de efectuarse la entrega. La Directiva la califica de «suministro», término más cercano a los servicios o entregas sucesivas que a la compraventa de un contenido, pero esa cuestión debe considerarse irrelevante a los efectos de la Directiva. A continuación, el mismo artículo concreta temporalmente el cumplimiento de esa obligación de entrega: «*A menos que las partes lo hayan acordado de otro modo, el empresario suministrará los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato*». La entrega, por tanto, debe ser inmediata y su aplazamiento solo es posible mediante pacto contractual expreso.

La previsión que contiene el artículo 5.1 DCD no es extraña. Ni siquiera idiosincrática de los contenidos o servicios digitales. Deben ser objeto de entrega y esta debe efectuarse en el plazo acordado y, en ausencia de pacto, de manera inmediata. Es inevitable mencionar el paralelismo con nuestro artículo 1113 CC. El aplazamiento puede acordarse por diversos motivos

10. Para una visión global de la regulación, MORAIS CARVALHO, J. «Directive (EU) 2019/770 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services», en LODDER, A., MURRAY, A. (Editores), *EU Regulation of E-Commerce. A Commentary*, 2nd edition, Edwar Elgar, 2022, 334-363; MORAIS CARVALHO, J., «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S., (Dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, cit., 31-47.

y no debería tener otro límite que los generales de la libertad contractual. En el supuesto que contempla la Directiva, los relativos a la nulidad por abusividad. Entre otros, el aplazamiento en la entrega puede deberse al cumplimiento por parte del consumidor del pago del precio debido. La misma lógica que hace de la entrega una obligación inexcusable del transmitente, puede afirmarse del pago del precio en los contratos onerosos. La Directiva, sin embargo, no menciona ese aspecto y subraya la obligación con cargo al empresario tras la conclusión de contrato. Es posible que en ese momento no se haya pagado todavía el precio debido. Sin embargo, en ausencia de pacto sobre el aplazamiento de la entrega hasta el momento del pago, la obligación de entrega habrá de efectuarse «sin demora».

El artículo 5.1 DCD asume la solución que el artículo 95.1 CESL[11] proponía como regla de defecto y que consistía en la entrega inmediata tras la celebración del contrato, salvo que el plazo pudiera determinarse de otro modo. La Directiva se aparta, sin embargo, de la regla que el artículo 95.2 CESL preveía para el caso de contratos con consumidores, que son el tipo de contrato que contempla la Directiva. En esos casos, el CESL obligaba a entregar los contenidos digitales en un plazo máximo de 30 días. Esa previsión temporal desaparece en la Directiva. Se trata, ciertamente, de un plazo que puede ser excesivo en atención a la naturaleza de los servicios y contenidos digitales y a los modos habituales de entregarlos. Las transacciones sobre este tipo de activos, como se ha dicho, están marcadas por una inmediatividad que parece connatural a todo lo estrictamente tecnológico. Puede no ser así en el caso de contenidos o servicios que deban adaptarse o producirse conforme a las instrucciones del consumidor, pero en esos casos las partes pueden acordar el plazo de entrega en el contrato y el empresario puede escapar del riego de la regla de suministro inmediato[12].

---

11. Para esta y posteriores referencias a la propuesta que se formuló con motivo de la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (COM [2011] 365), publicada por la Comisión Europea el 11 de octubre de 2011, habitualmente referida como CESL, acrónimo que sigue las siglas en inglés del título de la propuesta, véase, en lo que interesa para el tema que es objeto de estudio en este capítulo, LOOS, M., «The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL», *Zeitschrift für Europäisches Unternhemens– und Verbraucherrecht*, 2014-3, 146-160.

12. El plazo de 30 días tiene, con todo, cierta tradición en el derecho europeo. Es el plazo aplicable a las entregas de soporte materiales de contenidos y servicios digitales, como se verá. Es, además el plazo adoptado como razonable para el pago en las operaciones comerciales en la Directiva 2000/35, de 29 de junio y en la Directiva 2011/7, de 16 de febrero, ambas sobre medidas de luchas contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La Directiva no supedita la entrega al pago del precio y la vincula únicamente al contrato por que contempla expresamente la posibilidad de que el consumidor satisfaga su contraprestación facilitando al empresario datos personales (artículo 3.1 DCD) En esos casos no hay flujo monetario y, posiblemente, la contraprestación no se limite a los datos personales facilitados al contratar sino, también, a los generados durante el uso de los servicios o contenidos digitales.

En todo caso, la obligación concierne a los contratos cuyo objeto es la transmisión de un contenido o servicio digitales. Sin perjuicio de que la obligación de entrega será exigible en todos los transmisivos, los contratos que la Directiva contempla son aquellos que tienen por objeto el suministro de contenidos y servicios digitales. La regla, por tanto, no es de aplicación a los contratos de bienes digitales o a contratos de compraventa o de servicios que incluyan bienes o actividades que incluyan o involucren elementos digitales. Uno de los objetivos de la Directiva al determinar su ámbito de aplicación y excluir los contenidos o servicios digitales incorporados en bienes es, como ya se ha referido, el de evitar el debate sobre contratos «mixtos», en parte de suministro de contenidos digitales y, en parte, de entrega o transmisión de bienes. De manera consecuente con esa opción de la norma europea (*cfr.* artículo 3.4 DCD), la regla sobre entrega del artículo 5 DCD solo es de aplicación a los contratos cuyo contenido se refiere, exclusivamente, al suministro de contenidos o servicios digitales[13]. Se trata, por tanto, de una regla especial que debe entenderse de aplicación preferente en su ámbito objetivo.

La naturaleza virtual, de tales contenidos y servicios explica que el artículo 5 DCD no incluya una previsión sobre el lugar de cumplimiento de la obligación de suministro. La dimensión geográfica de la entrega deja de ser relevante en prestaciones intangibles. La accesibilidad a la que se refiere el artículo 5.2 DCD sustituye al lugar de entrega.

1.2. Reglas especiales para la entrega del soporte material

Es posible –y así lo contempla la propia Directiva– que los contenidos o servicios digitales requieran de un soporte físico. Esa circunstancia no altera las normas de aplicación de la Directiva, como se ha dicho, ni convierte el contrato –sea cual sea este– en uno de compraventa de un bien con conteni-

13. En el mismo sentido, SCHULZE, R., «Article 5. Supply of the digital content or digital service» en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law*, Beck-Nomos-Hart, 2020, 99-100.

dos digitales, como se ha dicho también. El soporte tiene en la Directiva, en los casos en que sea necesario, una mera consideración instrumental. Pese a ello, cuando el soporte exista y sea necesario para la instalación física de los contenidos o servicios digitales deberá producirse de algún modo la entrega de ese soporte en algún lugar físico, identificable geográficamente, y que puede intuirse que, de manera habitual, será el domicilio del consumidor. En esos casos, es posible que intervengan los servicios de un porteador, habitualmente designado por el propio empresario. En ese supuesto, sobre el que se volverá con motivo del análisis del artículo 13 DCD, el lugar de cumplimiento de la obligación de suministro y las reglas sobre puesta a disposición del consumidor del contenido o servicio digitales pueden ser relevantes.

Tan relevantes que el artículo 3.3 DCD, con motivo de la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva, se encarga de precisar que sus normas son de aplicación a «*todo soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales*», pero solo tras disponer que las reglas contenidas en los artículos 5 y 13 DCD no son de aplicación en ese caso («*A excepción de los artículos 5 y 13*», la Directiva es de aplicación al soporte).

Por tanto, las reglas sobre suministro de contenidos y servicios digitales que se contienen en el artículo 5 DCD no son de aplicación a la entrega del soporte material. Este deberá proveerse al consumidor en el tiempo pactado, pero en defecto de pacto, no será de aplicación la regla del suministro «sin demora indebida». Tampoco son de aplicación al soporte material las medidas correctoras por la falta de suministro del artículo 13 DCD.

La exclusión de las reglas sobre suministro en los casos de soporte material lleva el supuesto a lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que en materia de entrega dispone que:

> *Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato*.

Ese plazo máximo de 30 días, sin perjuicio de que pueda ser acordado por las partes, no aparece en la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770. Por tanto, no es un plazo máximo aplicable por defecto en ausencia de pacto en este tipo de contratos; excepto en lo que refiere al eventual soporte material.

En ese caso, opera la exclusión del artículo 5 DCD prevista en el artículo 3.3 DCD y su régimen de entrega es el previsto con carácter general en la Directiva 2011/83. Tal debe ser la conclusión, pues de otro modo, los casos de soporte material quedarían huérfanos de normativa sobre la obligación de su entrega[14].

La solución es discutible. Por un lado, parece que la Directiva ha querido evitar los problemas derivados del envío y transporte (y, acaso, instalación) del soporte material. Se ha centrado en las soluciones que exigía el carácter virtual de los contenidos y servicios digitales y ha relegado la entrega de bienes tangibles (tal será el soporte) en las reglas generales sobre protección de los consumidores en esos casos.

Por otro lado, la exclusión de las reglas sobre suministro a los casos en que este requiera de un soporte material no es coherente con la inclusión general de tales supuestos en la regulación de la Directiva. En especial, teniendo en cuenta las exclusiones e inclusiones del extenso artículo 3 DCD, en el que la asimilación del supuesto al de los «bienes con contenido digital» parece ser una solución de último recurso. La opción de la Directiva no es consecuente, en fin, con la configuración de un contrato, que es de compraventa, para el caso de bienes y de otro, que el legislador europeo decide no

14. El Considerando 20 de la Directiva de Contenidos Digitales anuncia que «La presente Directiva y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo deben complementarse mutuamente. Mientras la presente Directiva establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, la Directiva (UE) 2019/771 establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de compraventa de bienes. Por consiguiente, para satisfacer las expectativas de los consumidores y garantizar un marco legal claro y sencillo para los empresarios de contenidos digitales, la presente Directiva debe aplicarse asimismo a contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales». Pero, a continuación, y en aquello que interesa a las cuestiones que se refieren en este apartado, el mismo Considerando 20 continúa anunciando que «No obstante, en lugar de las disposiciones de la presente Directiva sobre la obligación de suministro del empresario y sobre las medidas correctoras que puede exigir el consumidor en caso de incumplimiento en el suministro, deben aplicarse las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (4) sobre las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega. Además, las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE, por ejemplo, sobre el derecho de desistimiento y la naturaleza del contrato en virtud del cual se suministran dichos bienes, deben seguir aplicándose también a los citados soportes materiales y a los contenidos digitales suministrados en dichos soportes».

calificar en derecho, cuya prestación característica es el suministro de un contenido o servicio digitales. En este último caso, se aplica la Directiva, excepto en relación con la obligación de suministro (artículo 5 DCD) y sus medidas correctoras.

La exclusión da lugar a un doble régimen en materia de suministro o entrega que depende de si el contenido o servicio digitales son intangibles, en cuyo caso de aplican las reglas de la Directiva, o si tales contenidos o servicios requieren de un soporte material, en cuyo caso se aplicará el artículo 18 de la Directiva 2011/83. Esa diversidad de regímenes aplicables puede provocar algunos de los problemas que la Directiva quiere evitar. En especial, si se tiene en cuenta que la exclusión que deriva el artículo 3.3 DCD ha de referirse a los modos de efectuar el suministro y a su plazo. Por tanto, a la expresión «sin demora indebida» del artículo 5.1 DCD y a los modos de poner el contenido o servicio digitales a disposición del consumidor para que sea accesibles, descargables o instalables. En ningún caso, lo contrario sería absurdo, se puede entender la exclusión de aplicación del artículo 5 DCD como una exoneración de la obligación de entrega del soporte material por parte del empresario. Este debe entregar y queda sujeto al régimen de falta de conformidad de la Directiva de Contenidos Digitales, pero el plazo y modo de entrega se ajusta a lo dispuesto en la Directiva 2011/83. La decisión de la Directiva merece las siguientes observaciones críticas.

En primer lugar, la exclusión que prevé el artículo 3.3 DCD («A excepción de los artículos 5 y 13») incluye al soporte material en las previsiones del artículo 11.1 DCD (responsabilidad del empresario por incumplimiento de la obligación de suministro) y artículo 12.1 DCD, en cuya virtud el empresario asume la carga de la prueba del suministro. Es extraño que la exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva se haya hecho, en relación con la obligación de suministro, solo respecto de alguna de las previsiones legales que configuran el régimen legal de esa obligación del empresario. En especial, si se tienen en cuenta los esfuerzos de la propia Directiva por evitar que el contrato en cuya virtud se suministran contenidos o servicios digitales sea calificado como un contrato de compraventa en los casos en que los contenidos o servicios requieren de la presencia de un soporte material, por ejemplo, un DVD o un lápiz de memoria. Quizá hubiera sido más sencillo llevar el soporte y todo lo que soporta al régimen específico de la compraventa de bienes digitales o con contenido digital y haber evitado, así la fragmentación en la regulación de este supuesto.

En segundo lugar, la exclusión desconoce que pueden existir contratos «mixtos», al menos en cuanto al uso, capacidades o posibilidades del soporte

material. Este puede ser elemento necesario para el contenido o servicio digitales, pero, a la vez, puede ser un aparato que se conecte con otros, que transmita o elabore información o que disponga de funcionalidades propias. Sin perjuicio de otros problemas que pueda generar esa circunstancia, lo cierto es que la regla de entrega que es de aplicación en tales casos no se ajusta a las exigencias de la Directiva sobre el suministro de contenido o servicio digitales. Y la regla que se contiene en el artículo 3.6 DCD abunda en los problemas prácticos de la diferenciación de regímenes aplicables por razón del contenido y del soporte[15].

En tercer lugar, las previsiones del artículo 5.2 DCD contemplan la posibilidad de que el suministro del contenido o servicios digitales puede exigir una instalación física. Cuando así sea, será habitual que esa instalación requiera de la entrega de algún soporte material. No siempre será así, pues la instalación física puede referirse exclusivamente una adaptación de la red o de su conexión con el sistema del empresario, pero la dimensión física del suministro puede fácilmente involucrar determinados soportes, necesarios para que el contenido o el servicio sean accesibles al consumidor. Cuando así sea, la exclusión de la entrega del soporte de las reglas del artículo 5 DCD puede ser problemática, pues el acceso al servicio o contenido digital puede depender de la disponibilidad de ese soporte por parte del consumidor. La solución en esos casos habrá de ser necesariamente contractual.

Leída en su literalidad, además, la exclusión del artículo 3.4 DCD a los casos en que es necesario un soporte material se refiere exclusivamente a los contenidos digitales. La exclusión no menciona los servicios digitales y es el único pasaje sobre el suministro en que el régimen de ambos tipos de prestaciones se distingue en la Directiva, al menos en el que no se mencionan contenidos y servicios como contenidos indistintos del contrato concernido por la regulación europea.

Es imaginable un servicio digital que exija de un soporte material para su prestación, por ejemplo, un decodificador o un aparato receptor. Sería

15. «If the medium is in fact only used because that is the easiest possibility to transfer a large volume of digital content, it serves exclusively as a carrier. However, tangible media that the consumer can reuse for different purposes and different content are unlikely to be mere carriers but rather to be an element of a bundle contract consisting in the supply of the tangible medium and the digital content provided on it. According to Article 3(6), the Digital Content Directive would only apply to the digital content, while the Sale of Goods Directive would apply to the tangible medium», STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law*, cit., 75.

extraño, sin embargo, concluir que los artículos 5 y 13 DCD no se aplican a los contenidos digitales que requieren de un soporte material, pero que son de aplicación a los servicios digitales que necesitan de un soporte material. Parece que la razón que justifica la exclusión está en las especialidades derivadas del soporte material. Mejor dicho, en que ese supuesto no requiere de normas europeas unificadas como lo requieren los contenidos y servicios digitales exclusiva y únicamente digitales, por su contenido y por el modo y circunstancias de su suministro.

1.3. Puesta a disposición del consumidor

El artículo 5.2 DCD concreta los modos de hacer efectiva la entrega. Conforme a él, «El empresario deberá haber cumplido su obligación de suministro cuando: a) el contenido digital o cualquier medio adecuado para acceder al contenido digital o descargarlo sea puesto a disposición del consumidor o sea accesible para él, o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor para ese fin; b) el servicio digital sea accesible para el consumidor o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor a tal fin».

La regla contempla las particularidades derivadas de la naturaleza de la prestación característica del contrato y sus modalidades de ejecución. Lo hace con mayor nivel de detalle que el artículo 94 CESL, sobre el modo de entrega, que hubo de regular a la vez tanto la entrega de bienes como el suministro de contenido. La Directiva, centrada en los segundos, ha podido perfilar mejor los modos de efectuar el suministro. El contenido y el servicio deben ser accesibles. Esa accesibilidad puede suponer la posibilidad de descargar el contenido desde los servicios del empresario (o de un tercero), la instalación virtual en el soporte del consumidor o la instalación física, en el caso de que el contenido o suministro exija un soporte material para su transmisión[16]. El Considerando 41 de la Directiva enuncia diversos modos de efectuar (y, por tanto, de cumplir) la obligación de suministro al consumidor[17].

---

16. TWIGG-FLESNER, C., «Conformity of goods and digital content/digital services», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S., *El derecho privado en el Nuevo paradigma digital*, cit., 58.

17. Considerando 41, primer párrafo: «Para el empresario, existen varias maneras de suministrar los contenidos o servicios digitales al consumidor. Resulta pertinente establecer algunas normas simples y claras sobre las modalidades y el momento de cumplir esa obligación de suministro, que es la principal obligación contractual del empresario,

Las opciones legales pretenden agotar las conocidas por la técnica. El contenido o suministro digital puede ser susceptible de copia por el consumidor o solo de un uso limitado en el tiempo o en su frecuencia. Todo ello en el soporte físico del consumidor o en uno facilitado por el empresario o sin necesidad de soporte o siendo este el general en que se almacenan los contenidos y al que el consumidor tiene acceso (por ejemplo, los servidores del propio empresario o de un tercero).

Lo relevante es que, conforme a la Directiva, la obligación de suministro, que existe tras la conclusión del contrato y debe cumplirse de manera inmediata, salvo pacto en otro sentido, no supone la entrega efectiva del contenido o servicio, sino la puesta a disposición del consumidor. La Directiva sigue, de este modo, la estela de otros textos legales que entienden cumplida la obligación del transmitente con la puesta a disposición del comprador de los bienes adquiridos, señaladamente los artículos 31 a 34 CISG y, en especial el artículo 31, letra c. Esa misma idea está presente en la Directiva, que la adapta a la naturaleza de los contenidos o servicios digitales.

Con todo, es necesario destacar que la lógica de la «puesta a disposición» tiene más sentido en relación con la entrega de bienes tangibles que con el suministro de contenidos y servicios digitales. En este último caso, como ya se dicho, la idea misma de «suministro» es extraña. Parece que el carácter inmediato de entrega o suministro que hace posible la naturaleza intangible de los contenidos o servicios que contempla la Directiva provoca un solapamiento entre la puesta a disposición y la entrega efectiva. La distinción tiene más sentido en relación con el soporte material que eventualmente requieran

---

poniendo los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor o facilitándole el acceso a ellos. Debe considerarse que los contenidos o servicios digitales están disponibles o accesibles para el consumidor cuando los contenidos o servicios digitales, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos, hayan llegado al entorno del consumidor y no sea necesario ningún otro acto del empresario para que el consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato. Habida cuenta de que el empresario no es en principio responsable de los actos u omisiones de un tercero que gestione una instalación física o virtual, por ejemplo, una plataforma electrónica o una instalación de almacenamiento en nube, que el consumidor elija para recibir o almacenar los contenidos o servicios digitales, debe ser suficiente que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales a dicho tercero. No obstante, no puede considerarse que el consumidor haya elegido la instalación física o virtual si está sometida al control del empresario o vinculada contractualmente a él, o cuando el consumidor haya seleccionado dicha instalación física o virtual para recibir los contenidos o servicios digitales pero esa opción era la única ofrecida por el empresario para recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital».

los contenidos o servicios digitales que con la accesibilidad o descarga de esos contenidos o servicios. Así, por ejemplo, en materia de transporte del soporte material, supuesto que exige distinguir el despacho de la mercancía de la entrega efectiva de la misma en destino. Sin embargo, el artículo 3.3 DCD excluye la aplicación del artículo 5 DCD de las obligaciones de entrega del soporte material, que se regirá por las reglas generales de la Directiva 2011/83, sobre protección de los consumidores.

1.4. Responsabilidad del empresario

El artículo 11.1 DCD responsabiliza al empresario del cumplimiento de la obligación de entrega (*rectius,* de puesta a disposición del consumidor de los contenidos y servicios digitales): «*El empresario será responsable por cualquier incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales de conformidad con el artículo 5*».

La Directiva dedica su artículo 11 a la responsabilidad del empresario. Enumera, así, las que pueden derivarse del incumplimiento de las obligaciones que asume el empresario. Entre ellas, la derivada de la falta de suministro que es, como ya se ha indicado, su primera obligación y presupuesto necesario de la responsabilidad que pueda derivar por la falta de conformidad. Es lógico que el artículo 11 DCD inicie el listado de supuestos de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de suministro.

La previsión es, sin embargo, superflua y no tiene otro sentido que el de evitar los eventuales problemas que su ausencia podría generar en caso de que no se contemplara en un artículo general sobre las responsabilidades del empresario. Así lo evidencia que el artículo 11.1 DCD no asocia ninguna consecuencia al anuncio de la responsabilidad del empresario por falta de suministro. Sin esas consecuencias, la imposición de responsabilidad carece de efectos reales. En especial, en el marco de la Directiva que establece la ya referida distinción entre la obligación de suministro, elevada a la categoría de obligación autónoma en cuanto a su régimen y sujeta a sus propias medidas correctoras, y la obligación de conformidad de los contenidos y servicios digitales con el contrato, también con sus mecanismos propios de corrección.

El régimen de responsabilidad del empresario por el incumplimiento de la obligación de suministro está en el artículo 13 DCD, que será objeto de análisis más adelante. Sin ese artículo, la previsión general contenida en el artículo 11.1 DCD sería irrelevante. Es más, es, como ya se ha dicho, superfluo hasta cierto punto, pues el artículo 13 DCD, sobre medidas correc-

toras por el incumplimiento de la obligación de suministro, ya contiene la responsabilidad del empresario en ese supuesto y asocia las consecuencias que se referirán[18].

La puesta a disposición en que consiste la obligación de entrega debe predicarse de todas las entregas y suministros debidos en virtud del contrato. También, por tanto, de cada una de ellas puede predicarse la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de la obligación de suministro. Aunque el primer apartado del artículo 11 DCD no lo exprese así con motivo del suministro, que contempla como hecho único, el artículo 11.3 DCD contempla la posibilidad de la falta de conformidad que se manifiesta con motivo de un suministro continuo durante un período de tiempo. Aunque la previsión se refiere a la falta de conformidad y la Directiva distingue ese supuesto del incumplimiento que consiste en la falta de suministro, no es forzado extender la responsabilidad del empresario por falta de suministro a los que deban ejecutarse de manera periódica en los plazos previstos en el contrato.

Por la naturaleza de la prestación, es posible que muchos de los contratos que dan lugar al suministro de contenidos o servicios digitales supongan entregas sucesivas, bien de diversos contenidos, bien de prestación continuada de un servicio. En este extremo, aunque la Directiva no lo reconozca expresamente, parece que deben distinguirse diversos escenarios.

Cuando el contrato prevea suministros sucesivos, las reglas del artículo 5 DCD deben entenderse aplicables a cada una de ellas. En ese supuesto el contrato habrá previsto los plazos de las diferentes entregas y en cada una de ellas el empresario deberá poner a disposición del consumidor el contenido contratado. De esta forma, aunque las reglas del artículo 5 DCD parecen redactadas tomando en consideración una entrega única que es cumplimiento del contrato, sus previsiones deben incluir también cumplimientos sucesivos de contratos de duración, limitada o ilimitada, en cuya virtud el consumidor adquiere diversos contenidos digitales en momentos diferentes.

Cuando el contrato prevea un suministro de contenidos digitales, las reglas del artículo 5 DCD deben entenderse referidas a las condiciones de puesta a disposición de los requisitos, físicos o virtuales, necesarios para el acceso a ese suministro. Una vez cumplida con satisfacción del consumidor esa obligación del empresario, este habrá cumplido con la obligación de

18. Véase, ZOLL, F., «Article 11. Liability of the Trader», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law*, cit., 203.

entrega que el impone el artículo 5 DCD y de la que le responsabiliza el artículo 11.1 DCD. Si, tras el cumplimiento exitoso de esa obligación, se produce una interrupción en el suministro, el supuesto deberá resolverse conforme a las reglas de falta de conformidad previstas en la Directiva. Se tratará, entonces, de un incumplimiento del contrato, no de un incumplimiento de la obligación de entrega, que ya se efectuó y dio resultados hasta el momento de la interrupción. Las medidas correctoras previstas en el artículo 14 DCD parecen especialmente adecuadas para el caso, que no resuelven las reglas generales sobre obligación de entrega. Así se deriva, por otra parte, de la mención expresa que los artículos 11.2 y 11.3 DCD hacen a los casos en que el contrato prevé el suministro continuo de un contenido digital durante un período de tiempo. En esos casos, el régimen de aplicación es el de la falta de conformidad de los artículos 7, 8 y 9 DCD.

El artículo 11.1 DCD responsabiliza al empresario con quien contrata el consumidor. Por tanto, y aunque no sea más que la aplicación de una regla general a todo el derecho de contratos, el empresario responderá por los incumplimientos de sus auxiliares en el cumplimiento, sin que pueda exonerarse por ese motivo de responsabilidad frente al consumidor.

También, y de nuevo es aplicación de principios generales, el empresario con quien contrata el consumidor será responsable en los casos en que el cumplimiento recaiga materialmente sobre un tercero, contratado a su vez por el empresario a tal fin. La delegación o sustitución no está prohibida por la Directiva, pero la regla de responsabilidad del artículo 11.1 DCD no permite al empresario exonerarse de responsabilidad en los casos en que haya designado a un tercero para efectuar el suministro. La responsabilidad del empresario por la falta de entrega le convierte en deudor del cumplimiento de esa obligación y, por tanto, la eventual cesión o delegación o cualquier otra fórmula de transmisión de su posición contractual a un tercero con el que no contrató el consumidor va a requerir el consentimiento de este[19].

La generalidad con la que el artículo 11.1 DCD anuncia la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de la obligación de suministro da pie a entenderlo obligado a hacer todo lo necesario para que el contenido o servicio digitales sean efectivamente accesibles para el consumidor. Esa constatación carecerá de relevancia en la mayoría de los casos, pues no cabe

19. La amplitud de la responsabilidad que anuncia el artículo 11.1 DCD ha convertido en innecesaria una regla como la que proponía el artículo 92 CESL, sobre cumplimiento por un tercero, aunque esa regla se refería al cumplimiento del contrato y no se limitaba al suministro.

entender de otro modo la obligación del empresario (*cfr.* artículo 5.2 DCD) y en eso consiste precisamente la obligación de cuyo cumplimiento es responsable. Sin embargo, cuando sea precisa la intervención de un tercero en el suministro, por ejemplo, un portador del soporte material necesario para la instalación física del contenido o del suministro o un tercero encargado de su instalación, esa regla amplía el espectro de supuestos en los que el empresario es responsable. Se volverá sobre esta cuestión con motivo de las medidas correctoras por falta de suministro previstas en el artículo 13 DCD.

En este sentido, es oportuno destacar que la exclusión del soporte material del artículo 3.3 DCD se refiere únicamente a las reglas sobre suministro y sus medidas correctoras de los artículos 5 y 13 DCD. Por tanto, el empresario que provea el soporte material de los contenidos o servicios digitales queda sujeto, en su caso, a la responsabilidad prevista en el artículo 11.1 DCD.

1.5. Carga de la prueba de la entrega

El artículo 12.1 DCD traslada la carga de la prueba de la entrega al empresario en los siguientes términos: «La carga de la prueba respecto a si los contenidos o servicios digitales se suministraron de conformidad con el artículo 5 recaerá sobre el empresario». La previsión encabeza una serie de reglas sobre carga de la prueba referidas a diversos aspectos del desarrollo del suministro de contenidos o servicios digitales que se enumeran en los ordinales siguientes del mismo artículo 12 DCD.

Se trata de una regla de protección del consumidor, al que ahorra los costes de la prueba de la ausencia de suministro. Una prueba que puede ser problemática, como lo son todas las pruebas de hechos negativos, en especial en contextos de cierta complejidad técnica[20]. Tiene sentido, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado de este trabajo, que la carga recaiga sobre el empresario. Es una opción que refuerza la responsabilidad que este asume respecto del suministro: debe suministrar conforme al artículo 5 DCD, es responsable del incumplimiento de suministro (artículo 11.1 DCD) y pesa sobre el empresario la carga de la prueba del suministro (artículo 12.1 DCD).

Es, con todo, relevante destacar que la inversión de la carga de la prueba se haga respecto de la obligación de suministro, en lugar de incluir esa prue-

20. El Considerando 59 de la Directiva justifica la inversión de carga de la prueba por esa complejidad «así como a un mejor conocimiento y acceso a conocimientos prácticos, información técnica y asistencia en alta tecnología».

ba en la general de la conformidad o el cumplimiento de las obligaciones exigibles al empresario. Al fin y al cabo, el incumplimiento de la obligación de suministro es la forma más básica de incumplimiento de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. La Directiva es, de nuevo, coherente con ese doble nivel de responsabilidad que diseña. El primero concerniente al hecho del suministro, el segundo a la conformidad de los suministrado con el contrato[21].

Se trata de una presunción *iuris tantum*. Cabe, por tanto, prueba en contrario, aunque esta es asumida por el empresario y supondrá que este demuestre que se efectuó el suministro. En realidad, que se llevaron a cabo las actuaciones necesarias para poner a disposición del consumidor los contenidos o servicios digitales y que estos, pese a esa puesta a disposición, no obran en poder del consumidor. Se tratará, por tanto, de demostrar que se ofreció al consumidor la descarga, que se instalaron física o virtualmente los contenidos o que fueron accesibles para el consumidor.

El artículo 12.1 no menciona al consumidor, ni la relevancia que su comportamiento –activo u omisivo– haya podido tener en la frustración de la entrega. Sobre esa cuestión se tratará más adelante, pero conviene destacar ahora el silencio de la Directiva. Al menos en cuanto a lo que refiere a la disparidad de criterio respecto de los casos de falta de conformidad. En estos casos, el artículo 7 DCD y, en parte el artículo 8 DCD, requieren de cierto esfuerzo probatorio por parte del consumidor que aduce la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Ese esfuerzo no se le requiere en relación con el incumplimiento de la obligación de suministro.

El precepto relaciona la responsabilidad del empresario con la obligación prevista en el artículo 5, sobre la obligación de entrega y los modos de cumplirla. No lo hace en relación genérica con el contrato. La responsabilidad del

21. «Article 12 (1) has a unique nature as a rule determining explicitly the burden of proof regarding the failure to supply. It is rather exceptional to have a specific provision expressly governing this matter. Usually, there are two groups of issues concerning the burden of proving the performance of the obligation. In legal systems distinguishing between the primary and secondary obligations between parties, it is generally sufficient to prove the fact of the existence of the obligation and all requirements necessary to demand performance, but it is not necessary to prove the fact of the non-performance (failure to perform) itself. Other systems, regarding the right to demand performance as one of remedies in case of non-performance and defective performance, require generally that all relevant circumstances, including the non-performance, are to be proven by the obligee»., ZOLL, F., «Article 12. Burden of proof», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law*, cit., 215.

empresario en el artículo 12.1 DCD no consiste en no suministrar un bien conforme con el contrato, sino en no hacerlo conforme a la obligación de suministro de los contenidos o servicios. El matiz es relevante, pues confirma el doble nivel de conformidad –y, por tanto, de responsabilidad– que diseña la Directiva. Al distinguir claramente los supuestos de falta de entrega de los de falta de conformidad, elabora dos regímenes de responsabilidad diferenciados, cada uno con su propio elenco de remedios o medidas correctoras. Uno referido a la entrega y otro referido a la conformidad de los contenidos con el contrato.

La relación entre el artículo 5 DCD y el artículo 12.1 DCD se trunca, sin embargo, cuando el contenido o servicio digitales requieren de un soporte material. En ese caso, como ya se ha indicado, el artículo 3.3 DCD excluye la aplicación de las reglas sobre el modo de efectuar el suministro y su plazo, que se rige por las generales de la Directiva 2011/83.

El artículo 12.1 DCD impone al empresario la carga de la prueba de que el contenido o servicio digitales se suministraron conforme a lo previsto en el artículo 5 DCD. En la medida en que el artículo 5 DCD no es de aplicación a los casos en que es necesaria la entrega de un soporte material, hay que concluir que la inversión de la carga de la prueba del suministro no se aplica en tales casos. La prueba de la entrega se ajusta, por tanto, a las reglas sobre transmisión de riesgos que resulten de aplicación al contrato.

La regla sobre carga de la prueba del articulo 12.1 DCD tiene una repercusión procesal evidente. Sitúa al empresario ante la obligación de demostrar que cumplió con su obligación de suministro. Algo que, sin duda, facilita la reclamación derivada del incumplimiento de esa obligación por parte del consumidor. La eficacia de la regla, sin embargo, es previa a ese momento procesal. La inversión de la carga de la prueba que anuncia el precepto tiene un indudable efecto preventivo de los incumplimientos de la obligación de suministro[22].

En efecto, la combinación de la obligación de suministro (artículo 5 DCD), la responsabilidad del empresario por su incumplimiento (artículo 11.1 DCD) y la inversión de la carga de la prueba del cumplimiento del suministro –que es el único descargo imaginable del incumplimiento del suministro– son, por un lado, incentivos claros para que el empresario cumpla con esa obligación.

22. En general, sobre los efectos materiales (y no únicamente procesales) de las reglas sobre carga de la prueba, KAPLOW, L., «Burden of Proof», 121 *The Yale Law Journal* 738-1013 (2011-2012).

La inversión de carga de la prueba es, también y con carácter complementario a lo anterior, un mecanismo de ampliación de los deberes del empresario. Este debe cumplir con su obligación de suministro, pero también ha de estar en condiciones de probar que lo hizo.

El artículo 12.1 DCD se enuncia como una regla general en relación con el suministro de servicios y contenidos digitales. Por tanto, referida a todos los supuestos en que ese suministro debe efectuarse. La regla es, así, también de aplicación a las medidas correctoras del incumplimiento de suministro que se contienen en el artículo 13 DCD, al que se dedica el siguiente epígrafe.

1.6. Medidas correctoras del incumplimiento de la obligación de suministro

El artículo 13 DCD incluye la regla más relevante en materia de suministro de contenidos y servicios digitales. El precepto identifica los remedios de que dispone el consumidor en caso de falta de suministro. Se trata, por tanto, de los remedios a la obligación característica y primera del empresario que consiste en la entrega de lo contratado por el consumidor. Su incumplimiento puede dar lugar al incumplimiento del contrato, pero la Directiva, de acuerdo con el peculiar perfil de las obligaciones que impone al empresario distingue los casos de incumplimiento total por falta de entrega de los casos de entrega de contenidos o servicios no conformes con el contrato de suministro digital. Esa diversidad de regímenes es uno de los rasgos característicos de la regulación que se comenta.

El artículo 13 DCD debe ponerse en relación con el artículo 5 DCD. De hecho, el resto de preceptos sobre la obligación de suministro, relativos a la responsabilidad del empresario (artículo 11.1 DCD) y a la inversión de la carga de la prueba (artículo 12.1 DCD) son únicamente complementarios de la existencia de una obligación de entrega, en los plazos y modos previstos en el artículo 5 DCD y de los remedios en caso de su incumplimiento, en el artículo 13 DCD. De hecho, los artículos 5 y 13 DCD son los únicos que la Directiva dedica exclusivamente al suministro de contenidos y servicios digitales, a su obligación y a las consecuencias de su incumplimiento, respectivamente. Ambos, conviene recordarlo, se excluyen por el artículo 3.3 DCD para el supuesto de entrega de soportes materiales, cuando estos sean necesarios para el suministro de los contenidos o servicios digitales.

Conforme al artículo 13 DCD:

> *«1. Cuando el empresario no haya cumplido el suministro de los contenidos o servicios digitales de conformidad con el artículo 5, el consumidor pedirá al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales. Si el empresario no suministra entonces los contenidos o servicios digitales sin demora indebida, o en un período de tiempo adicional según acuerdo expreso de las partes, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.*
>
> *2. El apartado 1 no se aplicará, y el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato, cuando:*
>
> *a) el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales;*
>
> *b) el consumidor y el empresario hayan acordado, o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor es esencial que el suministro se produzca en un momento determinado y el empresario no suministre los contenidos o servicios digitales en ese momento como muy tarde.*
>
> *3. Cuando el consumidor resuelva el contrato con arreglo a los apartados 1 o 2 del presente artículo, se aplicarán en consecuencia los artículos 15 a 18».*

La regla legal establece un mecanismo de prevención del incumplimiento. En caso de falta de suministro, el empresario dispone de una nueva oportunidad para suministrar los contenidos o servicios digitales en el plazo que acuerde con el consumidor o «sin demora indebida». Una expresión, esta última, no del todo acertada, pues el recurso al remedio que prevé el artículo 13 DCD ya supone una demora indebida previa, pues los servicios o contenidos no se habrán suministrado tras la conclusión del contrato o en el plazo inicialmente acordado, como dispone el artículo 5 DCD. Se trata, por tanto, de una demora que resulte aceptable para el consumidor teniendo en cuenta el tiempo de espera ya acumulado en ese momento[23].

El precepto faculta al consumidor a optar directamente por la resolución por incumplimiento cuando concurran las circunstancias del segundo apartado del artículo 13 DCD. En los casos en que el consumidor haya llegado al convencimiento de que el empresario no cumplirá, el artículo 13.2, letra a, le

23. Véase, ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», cit., 82.

permite resolver directamente el contrato. Se trata de una regla de reacción frente al incumplimiento temido (*anticipatory breach*)[24]. Ese temor deberá estar fundado en razones objetivas. El artículo 13.2 DCD se refiere a declaraciones expresas del empresario, por ejemplo, referidas a su incapacidad para suministrar por razones técnicas o empresariales. También a circunstancias de las que pueda desprenderse claramente que el empresario no cumplirá, por ejemplo, los incumplimientos previos de entrega respecto del mismo consumidor u otros. En el régimen español, es cuestionable que el concurso del empresario pudiera ser una de las circunstancias que tienen cabida en el artículo 13.2 DCD, pues el artículo 156 TRLC impone un principio general de vigencia de los contratos tras la declaración de concurso y excluye que el concurso sea causa que justifique la resolución anticipada de los contratos.

La resolución del contrato también se prevé, en la letra b del artículo 13.2 DCD para los casos en que el término de cumplimiento sea esencial, porque así lo pactaron las partes o porque así se desprenda de las circunstancias. Es una regla común a la regulación general del plazo de cumplimiento de las obligaciones. Su aplicación a los contratos de consumo de suministro de contenidos y servicios digitales es, sin embargo, dudosa. La dinámica habitual de esas transacciones es la de intercambios instantáneos. Resulta difícil imaginar una adquisición de un contenido o suministro digital en que el consumidor identifique un plazo esencial de cumplimiento. La inmediatez que es propia de este tipo de intercambios, habitualmente concluidos de manera virtual, parece no dejar lugar a un acuerdo sobre el plazo y dificulta considerarlo como esencial o no esencial en atención a las circunstancias. La regla puede tener más sentido en los casos en que el servicio o suministro requiere de un soporte material que haya de ser efectivamente puesto a disposición del consumidor. En esos casos, la exigencia de transporte puede afectar al plazo y a su consideración y relevancia por parte del consumidor, pero en esos casos el artículo 3.3 DCD excluye la aplicación del artículo 13 DCD.

En tales casos, será de aplicación lo dispuesto por el segundo apartado del artículo 18 de la Directiva 2011/83, que establece un sistema de medidas correctoras equivalente al del artículo 13.2 DCD:

---

24. El artículo 13.2 DCD sigue el modelo que proponía el artículo 116 CESL, sobre resolución por incumplimiento previsible cuando disponía que «El comprador podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el vendedor ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución».

> *Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato. El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato*.

La exclusión del soporte material del ámbito de la Directiva de Contenidos Digitales explica que la norma no haya contemplado el supuesto del transporte. En aplicación de las normas generales, por ejemplo, el artículo 31 CISG, el empresario puede haber cumplido su obligación de puesta a disposición del consumidor del contenido o suministro digitales con motivo de la entrega al porteador y esa puesta a disposición puede haberse producido en los términos previstos en el artículo 5 DCD, aunque el contenido o suministro digitales no hayan llegado al consumidor en el plazo esencial previsto en el contrato o que se pueda deducir de las circunstancias del contrato. La duda generada por la exclusión del artículo 13 DCD a estos casos se resuelve mediante la aplicación del artículo 20 de la Directiva 2011/83, sobre transmisión de riesgos, conforme al cual:

> *En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista*.

En un caso como ese, que probablemente no sea habitual por las características propias de los intercambios que contempla la Directiva, el empresario es responsable del soporte material hasta el momento en que llega al consumidor (o este no puede desconocer conforme a la buena fe que el soporte está a su disposición). La regla es coherente con la que se contiene en el

artículo 11.1 DCD, ya mencionada. Conforme a ella, el empresario responde «por cualquier incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales», también en los casos en que requieran de un soporte material.

Aunque el artículo 13.2 DCD no lo menciona, la resolución habrá de ser también el desenlace de los casos en que el empresario incumpla el plazo adicional para el suministro acordado en virtud del artículo 13.1 DCD. También en los casos en que, pactado un plazo adicional, el empresario declare que no suministrará o que así se desprenda claramente de las circunstancias.

La resolución del contrato, cuando proceda, seguirá el régimen previsto en los artículos 15 a 18 DCD, que la regulan. Del tenor del artículo 13 DCD se desprende que el consumidor no dispone de libertad de opción. Debe, en primer lugar, instar el suministro, inmediato o en el plazo nuevamente acordado con el empresario. Solo cuando esa posibilidad no sea viable, bien por la constancia de un incumplimiento certero, bien por la existencia de un plazo esencial que ya se ha superado (artículo 13.2 DCD), el consumidor estará facultado para resolver el contrato. Dicho de otro modo, como regla general y a salvo de los supuestos que contempla el artículo 13.2 DCD, el incumplimiento de la obligación de suministro no es causa de resolución automática del contrato.

Es inevitable establecer un paralelismo entre el mecanismo de cumplimiento de la obligación de suministro del artículo 13 DCD y el *right to cure* (derecho a reparar o a remediar) previsto en el artículo 48 CISG[25]. En la Convención, el remedio se prevé como un mecanismo para remediar los incumplimientos, con cargo al vendedor y siempre que no se causen «inconvenientes excesivos o incertidumbre» al comprador. La Directiva, de esta forma, sigue a muchos textos legales nacionales en materia contractual que se han beneficiado de las novedades que introdujo la Convención. De igual modo que en la Convención, la Directiva procura con su artículo 13 la adopción de medidas diferentes a la resolución por incumplimiento del contrato. Una opción que en términos similares a los que se prevén en el artículo 13 DCD ya se había previsto en el artículo 18.2 de la Directiva 2011/83[26].

---

25. Sobre el tema, monográficamente, MIRAMBELL FARGAS, M., *The Seller's right to cure under article 48 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods*, Eleven International Publishing, International Commerce and Arbitration Series, 2018.

26. Que dispone que: «*Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá dere-*

En el artículo 13 DCD, sin embargo, ese derecho a remedir los incumplimientos propios del empresario se limita a la obligación de suministro. En concreto, a su incumplimiento en tiempo y forma. Es decir, casos en que el suministro del contenido o servicio digitales no ha tenido lugar o ha tenido lugar de un modo que no los hace accesibles para el consumidor. Por tanto, supuestos en que no se suministra nada, que son los más evidentes, en los que se suministra algo que no es accesible para el consumidor, de acuerdo con el contrato, o en los que se suministra algo diferente a lo adquirido por el consumidor.

Debe entenderse así la vinculación que el propio artículo 13 DCD establece con las obligaciones del empresario derivadas del artículo 5 DCD. En esos casos, el doble sistema de responsabilidades y remedios que diseña la Directiva despliega toda su efectividad, pues antes de resolver el contrato o acudir a medidas correctoras por falta de conformidad, el artículo 13 DCD pone a disposición de los contratantes un mecanismo de corrección distinto a los previstos para la falta de conformidad.

Podría entenderse que el artículo 13 DCD no es solo de aplicación a los supuestos de ausencia de suministro en el tiempo y forma acordados y que nada impediría su aplicación a los casos en que el suministro efectuado tempestivamente no fuera conforme con el contrato. A esa conclusión llevaría una lectura de la norma cercana a la dinámica y función del *right to cure* del artículo 48 CISG.

Parece, sin embargo, que no es ese el diseño de los mecanismos de protección en la Directiva. En los casos en que el contenido o el servicio se suministran a tiempo, pero no son conformes con el contrato, el consumidor afectado queda protegido por las medidas correctoras previstas en el artículo 14 DCD, sin perjuicio de la eventual resolución del contrato. En la Directiva, por tanto, deben distinguirse los supuestos de falta de suministro de los de suministro defectuoso o incompleto[27].

---

cho a resolver el contrato. El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato».

27. El diseño de remedios en la Directiva resuelve uno de los problemas que ha planteado el artículo 48 CISG y otros equivalentes en los sistemas de protección del comprador en

La distinción, recurrente en la Directiva, impide superponer las medidas correctoras previstas para cada incumplimiento. En el caso de falta de suministro, si bien es cierto que el artículo 13 DCD intenta prevenir la resolución por incumplimiento, también lo es que su fracaso deriva inexorablemente en esa resolución. No cabe, por tanto, acudir las medidas correctoras previstas para los casos de falta de conformidad del artículo 14 DCD. Parece que no puede ser otra la conclusión[28], aunque el remedio será excesivo en los supuestos de incumplimiento de la obligación de alguno de los suministros periódicos en los casos en que el contrato los haya previsto. Debe concluirse que, en esos casos, se produciría una falta de conformidad y que no sería de aplicación, entonces, lo previsto en el artículo 13 DCD. Así lo impone que el régimen de la resolución de los artículos 15 a 18 DCD no se aviene a los casos en que la falta de conformidad deriva de la interrupción del suministro o de la falta de suministro de alguna de las partes del contenido o servicio digitales. Razón por la cual el artículo 16.1 DCD, segundo párrafo, prevé una solución específica al respecto.

2. UNA REGULACIÓN ASIMÉTRICA E INCOMPLETA

La Directiva menciona la obligación de suministro en varios de sus preceptos. En todos ellos establece obligaciones –únicamente– al empresario. El suministro de contenidos y servicios digitales se configura como una obligación cuyo cumplimiento corresponde exclusivamente al empresario. Las eventuales obligaciones del consumidor a las que la Directiva no presta atención en relación con el suministro, aparecen con motivo de la resolución del contrato. El artículo 17.2 DCD se preocupa en ese caso de imponer al consumidor la devolución, a solicitud y expensas del empresa-

---

que se ha incluido una previsión de ese tipo. El problema es el relativo a la jerarquía u orden en la aplicación de los remedios. Es decir, si la posibilidad de remediar con cargo al vendedor supone, en todo caso, la suspensión o pérdida de la facultad de resolver por incumplimiento por parte del comprador o si este puede optar por la resolución a pesar de la disposición del vendedor a remediar. El artículo 49 CISG no resuelve la cuestión, al menos de manera clara. La Directiva resuelve el debate sobre la jerarquía mediante el establecimiento de dos niveles diferentes de responsabilidad, cada uno con sus respectivos remedios o medidas correctoras: uno relativo a la obligación de suministro y otro relativo a la conformidad de los contenidos o servicios con el contrato. Sobre el tema, por todos, MÜLLER-CHEN, M., «Articles 45-52 CISG», en SCHWENZER, I., SCHLECHTRIEM. P. (Eds.), *Commentary on UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th edition, Oxford University Press, 2016, 720-820.

28. En el mismo sentido, FERVERS, M., «Article 13. Remedy for the failure to supply», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law*, cit., 226-227.

rio, del soporte material que, en su caso, había sido suministrado previamente para el acceso a los contenidos o servicios digitales; y a hacerlo, sin demora indebida.

Cuando regula la obligación empresarial de suministro, sin embargo, la Directiva obvia la cooperación del consumidor. Acaso porque da por supuesto su interés en recibir los contenidos y servicios digitales que ha adquirido y asume, con cierta dosis de ingenuidad, que el fracaso del suministro no será en ningún caso imputable al propio consumidor.

La regulación de la obligación de suministro es, en todo caso, asimétrica. Solo contiene obligaciones del empresario y derechos del consumidor. El primero está obligado a entregar (artículo 5 DCD), es responsable en caso de no hacerlo (artículo 11.1 DCD), asume la carga de la prueba del cumplimiento de esa obligación (artículo 12.1 DCD) y queda sujeto a las medidas correctoras que el consumidor puede activar en caso de falta de suministro (artículo 13 DCD). Todo en la regulación de esa obligación compete y corresponde al empresario.

La Directiva es, hasta cierto punto, coherente. La obligación de suministro se configura como la primera y principal obligación del empresario y, por tanto, su configuración involucra solo al obligado. Se relega al consumidor a una posición pasiva, hasta el momento en que debe reaccionar ante la falta de suministro en el que debe decidir si concurren los requisitos para la resolución o debe conceder un plazo adicional para el suministro al empresario. Desde esa perspectiva se entiende la generalidad con la que el artículo 11.1 DCD prevé la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de la obligación de suministrar.

2.1. La ausencia de recepción por parte del consumidor y el plazo para comunicar la falta de suministro

La realidad, sin embargo, puede ser más compleja. La obligación de entrega es, para empezar y como se ha visto, una obligación de puesta a disposición. El artículo 5.2 DCD la concreta en la obligación del empresario de facilitar al consumidor los medios para acceder al contenido o servicio digitales o para que estos puedan ser descargados. Una vez facilitada la accesibilidad, el consumidor deberá actuar y hacer suyos los contenidos o servicios, mediante la oportuna descarga o instalación que, como reconoce el propio artículo 5.2 DCD, puede ser física y, por tanto, en las instalaciones o domicilio del consumidor.

La cooperación del consumidor puede ser necesaria para el éxito del efectivo cumplimiento de la obligación de suministro. Es cierto que la prueba de que el empresario hizo todo cuanto era técnicamente y razonablemente exigible para que el consumidor se instalara o descargara el contenido o servicio le exonerará de responsabilidad. Sin embargo, la inversión de la carga de la prueba en el artículo 12.1 DCD puede traducirse en una extensión excesiva de responsabilidad en los casos en que el fracaso del suministro se debe a la pasividad del consumidor o a su falta de pericia técnica.

La Directiva asume que la falta de suministro solo puede ser imputable al empresario y eso puede no ser así en todos los casos. Es posible que el fracaso del suministro se deba a problemas técnicos o de compatibilidad que afectan a la esfera del consumidor y que el empresario ni conoce ni puede solventar[29]. En esos casos, la responsabilidad del empresario parece excesiva. También la inversión de la carga de la prueba, en especial en los casos en que la falta de suministro se debe a problemas técnicos imputables al consumidor. En esos casos, el único remedio que conoce la Directiva es el de la resolución del contrato por aplicación de lo previsto en el artículo 13 DCD, pero en esos casos la resolución, en contra de lo que contempla el precepto, no se deberá a un incumplimiento imputable al empresario.

La Directiva soslaya el problema, que deberá ser resuelto por los ordenamientos nacionales. Estos conocen el supuesto. La consignación es el medio apto para liberar al deudor de su obligación de entrega cuando esta no es posible por falta de cooperación del acreedor. Sin embargo, la naturaleza de la prestación que es objeto de regulación por la Directiva hubiera aconsejado, o bien un régimen específico sobre la consignación adaptado a los contenidos y servicios digitales o bien un régimen de responsabilidad compartido entre empresario y consumidor en los casos en que la falta de suministro sea atribuible al segundo. Parece que la Directiva quiere evitar que los consumidores se vean vinculados por el contrato cuando, por cualquier causa –también las que tienen un origen en la esfera de control del propio consumidor–, los contenidos o servicios digitales no han sido suministrados. Es una protección del consumidor que puede ser excesiva en los casos en que el suministro ha fracasado por causas no imputables al empresario.

29. El apartado 9 del artículo 2 DCD definí «entorno digital» como «el apartado (hardware), programa (software) y cualquier conexión a la red que el consumidor utilice para acceder a los contenidos o Servicios digitales o para hacer uso de ellos». Y los problemas de suministro pueden deberse a defectos o carencias de ese entorno, que queda fuera de la esfera de control del empresario.

Las reglas sobre suministro incorporadas a la Directiva no han tenido en cuenta el precedente que les brindaba el artículo 97 CESL, sobre negativa del comprador a recibir los bienes o los contenidos digitales. En ese caso, se preveía que el vendedor pudiera depositar los contenidos digitales en poder de un tercero o que los vendiera, previa notificación al comprador, con entrega a este del beneficio obtenido, en su caso. Posiblemente, ninguna de las soluciones se ajusta a las exigencias de los contenidos y servicios digitales, pero el precedente del CESL evidencia que una regla de equilibrio contractual para los casos en que el empresario no puede cumplir por falta de cooperación del consumidor era necesaria. Igual suerte ha corrido la regla que proponía el artículo 129 CESL, sobre la obligación de recepción del comprador, al que obligaba a hacer todo lo posible para que el vendedor pudiera cumplir con su obligación de entrega.

La misma asimetría entre empresario y consumidor existe en relación con los plazos. El empresario está obligado a suministrar en el plazo el contenido o servicio digitales en el plazo acordado o, en su defecto, «sin demora indebida» (artículo 5.1 DCD). Con la misma celeridad –también, «sin demora indebida»–, habrá de suministrar tras el requerimiento por parte del consumidor y en ausencia de un acuerdo sobre un plazo adicional en el artículo 13.1 DCD.

El consumidor, sin embargo, no queda sujeto a plazos en relación con el suministro. Sin duda, porque la Directiva considera que el supuesto no merece regulación específica, pues carece de sentido que alguien adquiera algo en lo que no está interesado y que, por tanto, no reclame de inmediato la falta de su suministro. Sin embargo, el ejercicio de determinadas potestades que la Directiva reconoce al consumidor podría haberse limitado temporalmente, aunque fuera con una cláusula tan abierta y flexible como «sin demora indebida».

Así, por ejemplo, nada se dice sobre el plazo que puede agotar el consumidor entre la puesta a disposición de los contenidos o servicios digitales (artículo 5.2 DCD) y la eventual caducidad o decaimiento de esa puesta. Parece que el empresario, al que el artículo 11.1 DCD responsabiliza del incumplimiento de la obligación de suministro, hubiera de soportar, bajo la amenaza de esa responsabilidad, todo el tiempo que el consumidor considere oportuno antes de, por ejemplo, facilitar la instalación física de los contenidos o servicios digitales adquiridos.

De igual modo, en el artículo 13 DCD, no hay rasgo de plazo perentorio en el que el consumidor haya de poner de manifiesto la falta de suministro, el

acuerdo sobre un plazo adicional o su convencimiento de que el empresario no cumplirá o que el plazo incumplido era esencial. Parece que el consumidor, una vez constatadas las circunstancias que contempla el precepto, dispone de libertad sobre el momento en el que quiere instar la resolución del contrato.

La laguna se colmará con los plazos de prescripción previstos en cada legislación nacional. Los generales o los que correspondan a la concreta tipología contractual escogida por las partes. También será de utilidad el recurso a las doctrinas generales sobre la buena fe o el retraso desleal en el ejercicio de los derechos. De todas formas, ninguna de esas doctrinas o regulaciones generales se acomoda a la inmediatez que caracteriza a los mercados digitales y si la Directiva se ha preocupado por constreñir temporalmente el ejercicio de las obligaciones del empresario, podría haber hecho lo propio con los correspectivos derechos o potestades del consumidor.

2.2. La obligación de pago del precio

Es llamativo que la Directiva, que regula con detalle y configura con autonomía propia la obligación de suministro, obvie una referencia al pago del precio como presupuesto de la exigibilidad de la obligación de entrega.

La explicación debe buscarse en la peculiar regulación sobre el precio que contiene la Directiva. El apartado 7 del artículo 2 DCD lo define como «*el dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales*». En realidad, el precio es, en la Directiva, algo más. Para la norma europea, el precio que debe pagar el consumidor puede consistir en facilitar datos personales al empresario suministrador. Datos diferentes a los que sean estrictamente necesarios para el suministro del contenido o del servicio digitales (*cfr.* artículo 3.1 DCD). Por tanto, datos que sean, o puedan ser, un activo con valor económico[30]. Una forma de retribución diferida y constante con motivo del uso del contenido o servicio digitales[31].

---

30. METZGER, A., «Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, cit., 121-139.

31. DREXL, J., «Legal challenges of the changing role of personal and non-personal data in the data economy», en DE FRANCESCHI, A., SCHULZE, R., (Eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, cit., 19-41; MARTÍNEZ VELENCOSO, L., SANCHO LÓPEZ,

Esa especialidad, con la que la Directiva da cobertura legal a una práctica existente en el mercado, explica que la norma no prevea lo que sería obvio en otro caso: que el empresario no tiene obligación de suministrar si el consumidor no satisface la contraprestación debida por el suministro. De hecho, cuando el pago se haya hecho a cambio de datos personales, los efectos restitutorios asociados a la resolución del contrato deben ajustarse a lo previsto en el Reglamento 2016/679, sobre protección de datos personales (y al derecho nacional, conforme a lo que dispone el Considerando 40 DCD). Ni siquiera en ese caso hay una traducción económica del valor generado por el acceso a tales datos y su uso durante el tiempo previo a la resolución del contrato[32].

La Directiva ha sido extremadamente prudente en la regulación de las cuestiones estrictamente contractuales. Una prudencia que se puede traducir en una diversidad de regímenes legales que erosione el objetivo unificador de la Directiva. Al legislador europeo le ha preocupado más establecer las exigencias derivadas de la peculiar naturaleza de los contenidos y servicios digitales que armonizar el tipo contractual en que deben suministrarse.

El Considerando 15 de la Directiva es claro al respecto: «Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad, por ejemplo, de regular los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de estas hasta que la otra parte las cumpla. Así, por ejemplo, los Estados miembros deben tener la libertad de regular si un consumidor, en los casos de falta de conformidad, ha de tener derecho a suspender el pago

---

M., «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la app?», *InDret 1.2018*, 1-36; PLANA ARNALDOS, M., «Los datos personales como contraprestación», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, 2020, 561-618; DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M., «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, 4, 2020, 93-120.

32. CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, cit., 141-174. También, CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12-1, 2020, 838-862; CÁMARA LAPUENTE, S., «Contratos de suministro de contenidos y Servicios digitales», cit., 281-282; GARCÍA PÉREZ, R., «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, cit., 175-208.

del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad, o si el empresario ha de tener derecho a retener cualquier reembolso debido al consumidor en el momento de resolución del contrato hasta que este cumpla la obligación establecida en la presente Directiva, de devolverle el soporte material.» Lo mismo puede decirse de la eventual suspensión de la obligación de suministro en caso de que el consumidor no pague o no facilite el acceso a datos o no se comprometa a pagar o a facilitar ese acceso. Ese aspecto, propio de la dinámica del sinalagma obligaciones, queda a cargo de los derechos nacionales y de la regulación nacional del tipo específico de contrato que vincule a empresario y consumidor.

En relación con el precio debido, es oportuno destacar que la propia Directiva reconoce en su Considerando 25 que el suministro de contenidos y servicios digitales puede ser gratuito. La Directiva no es de aplicación en esos casos, pues el artículo 3.1 DCD limita su aplicación a los contratos onerosos (a cambio de un precio o del acceso a datos personales). Los contratos gratuitos quedan fuera de la regulación europea, sin perjuicio, como se reconoce en el Considerando referido, que los Estados miembros decidan ampliar el ámbito de aplicación de las normas nacionales que acojan la Directiva a los suministros gratuitos de contenidos o servicios digitales[33].

2.3. El retraso en el suministro y la transmisión de los riesgos

La Directiva resuelve los supuestos de retraso en el suministro de contenidos o servicios digitales en el artículo 13 DCD. Como ya se ha referido,

33. El Considerando 25 prevé que «Cuando el contenido digital y los servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, la presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el empresario recabe datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales, o con el único fin de cumplir requisitos legales. Esas situaciones pueden incluir, por ejemplo, aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación. La presente Directiva tampoco debe aplicarse a situaciones en las que el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, excepto cuando esta situación se considere un contrato con arreglo al Derecho nacional. Tampoco debe aplicarse a situaciones en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales. No obstante, los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a tales situaciones o de regular tales situaciones, que están excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva».

la ausencia de suministro por parte del empresario da lugar a la concesión de un plazo adicional, salvo que el suministro se haga inmediatamente y sin añadir más demora a la ya causado por el retraso. Cuando el consumidor tenga fundados motivos para considerar que el suministro no tendrá lugar o el plazo era esencial, el artículo 13.2 DCD habilita la resolución del contrato.

Esta es la única previsión que contiene la Directiva relativa al retraso en el suministro. Su régimen sustituye al de la mora y la opción es plausible, pues es difícil imaginar de qué modo se aplicaría el régimen de la morosidad a la obligación de entrega de contenidos intangibles y servicios.

El artículo 13 DCD, sin embargo, no se aplica a los casos en que el empresario deba suministrar al consumidor el soporte material que haga posible el acceso a los contenidos o servicios digitales. De nuevo, al tratarse de una obligación que no es dineraria, el régimen de la mora no es apto. El silencio de la Directiva sobre los efectos del retraso en la entrega se colma con las reglas, ya referidas previamente, en el artículo 18 de la Directiva 2011/83, cuyo régimen es equivalente al del artículo 13 DCD: concesión de un plazo adicional, salvo que el término para la entrega fuera esencial, y resolución en caso de incumplimiento de la entrega en el plazo de gracia.

La exclusión de la aplicación del artículo 13 DCD a los supuestos de entrega de un soporte material, también habrá de suponer, como ya se dicho, la aplicación de la regla sobre transmisión de riesgos que se contiene en el artículo 20 de la Directiva 2011/83. Una regla de ese tipo es necesaria en los casos en que el bien haya de ser transportado, como sucederá cuando exista un soporte material.

La Directiva de Contenidos Digitales no contiene ninguna referencia a la transmisión de los riesgos que puedan afectar a los contenidos o servicios digitales. Ciertamente, su naturaleza convierte en poco probables que puedan verse afectados de los casos en que el problema de la transmisión de los riesgos se plantea con motivo de los contratos de transmisión o cesión de bienes tangibles. Sin embargo, es posible que, incluso en los casos de contenidos o servicios digitales, conforme a la tecnología actualmente disponible o la que pueda estarlo en el futuro, se produzcan situaciones en que entre la puesta a disposición de los contenidos o servicios (artículo 5.2 DCD) y el momento en que estos son efectivamente descargados o instalados por el consumidor, alguna contingencia afecte a la integridad de los archivos.

En esos casos, serán de aplicación las normes nacionales que regulen el contrato que sirve de título para el suministro. Probablemente, esas reglas

asocien la transmisión de los riesgos al momento en que el empresario pone los servicios o contenidos contratados a disposición del consumidor, en el sentido en que el artículo 5.2 DCD refiere esa puesta a disposición como cumplimiento de la obligación de suministro.

La Directiva no ha incorporado la regla que proponía el artículo 142 CESL, sobre transmisión de los riesgos en contratos de compraventa de consumo. El apartado 2 de esa propuesta preveía que «En los contratos de suministro de contenidos digitales no suministrados en un soporte material, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado al efecto por el consumidor haya obtenido el control de los contenidos digitales». La regla introducía un matiz relevante, pues el control sobre los contenidos implica un mayor nivel de poder sobre ellos que el que deriva de la mera puesta a disposición.

De acuerdo con la perspectiva que es propia de la Directiva, sus reglas no prevén los efectos de la mora del consumidor en la recepción del suministro o en el pago del precio. Ambas cuestiones han sido objeto de comentario. En ambos casos, habrá que deferir la cuestión a las normas nacionales que regulen el contrato.

2.4. La imposibilidad sobrevenida de suministro

Tampoco prevé nada la Directiva sobre la imposibilidad de cumplimiento por parte del empresario. De nuevo, la naturaleza de los servicios y contenidos digitales restringen el ámbito de supuestos en que pueda producirse una imposibilidad que exonere de responsabilidad al empresario. Acaso la generalidad con la que el artículo 11.1 DCD le impone responsabilidad por la falta de suministro, sin paliativos, se justifique por aquel motivo. Sin embargo, es posible que un problema o cuestión técnica (por ejemplo, un cambio en sistemas operativos o una limitación técnica derivada de la obsolescencia de algún dispositivo fuera del ámbito de control del empresario) o una prohibición o imposición legal, impidan inexorablemente el suministro por parte del empresario. En todo caso, nada permite aventurar que el suministro de contenidos o servicios digitales es ajeno a supuestos de fuerza mayor que puedan hacerlo imposible y, por tanto, inexigible.

En esos casos, la solución que imponen las reglas sobre suministro de la Directiva es la del artículo 13.2 DCD. Se tratará de supuestos en los que el consumidor podrá razonablemente llegar al convencimiento de que el empresario no cumplirá y, por tanto, en los que el consumidor podrá resolver

el contrato. En el caso de la entrega de un soporte material, lleva a la misma conclusión el artículo 18 de la Directiva 2011/83.

Sin embargo, resolver el contrato por incumplimiento no es lo mismo que exonerar al empresario de su obligación de suministro por imposibilidad. Pese a ello, el artículo 13.2 DCD deriva la resolución del contrato por falta de suministro a las reglas sobre resolución de los artículos 15 a 18 DCD.

Las dudas prácticas que esa remisión pueda plantear deberán resolverse con el derecho nacional que sea de aplicación al contrato. También en los casos en que el suministro pueda verse afectado por una alteración sobrevenida de las circunstancias o situaciones análogas. Así lo admite el Considerando 14 de la Directiva, conforme al cual: «Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad, por ejemplo, de regular las consecuencias de un incumplimiento en el suministro, o de una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, cuando dicho incumplimiento en el suministro o dicha falta de conformidad se deban a un impedimento fuera del control del empresario y cuando no pueda esperarse del empresario que hubiese evitado o superado el impedimento o sus consecuencias, tales como en caso de fuerza mayor».

3. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Las plataformas en línea o digitales se han convertido en un actor relevante en la provisión de bienes y servicios en los mercados digitales[34]. En algunos casos, las plataformas en línea se limitan a posibilitar el contacto entre las partes contratantes; en otros, añaden algunos servicios auxiliares u ofrecen por sí mismas productos y servicios producidos por terceros. El artículo 3.h del Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales) las define como «*un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una*

34. Véase, Busch, C., Schulte-Nölke, H., Wiewiórowska-Domagalska, A., Zoll, F., «The Rise of the Platform Economy: A new challenge for EU Consumer Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5-1, 2016, 3-10; Campos Carvalho, J., «Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe», en Arroyo Amayuelas, E., Cámara Lapuente (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, cit., 239-254; Arroyo Amayuelas, E. *et al*, *Servicios en plataformas. Estrategias regulatorias*, Marcial Pons, 2021, 21-67.

funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento.»

La definición es difícilmente aprehensible. En especial si se tiene en cuenta que procura referirse a una realidad notoria y presente en la mayor parte de transacciones electrónicas. La plataforma pone en contacto oferentes y adquirentes o presta directamente el servicio o hace lo propio con los contenidos. La preocupación del Reglamento de Servicios Digitales no es contractual, al menos de manera exclusiva. El Reglamento se propone regular las condiciones de funcionamiento del mercado y, sobre todo, las responsabilidades exigibles a las plataformas y su necesaria cooperación en la averiguación de las infracciones de terceros en los entornos ofrecidos por las plataformas o a mediante el uso de sus servicios. Es comprensible, por tanto, que la definición que hace el Reglamento de las plataformas en línea no destaque su aspecto primordial en la dinámica del contrato, que es el de la intermediación[35].

En tanto que meras intermediarias, las plataformas son ajenas a la regulación de la Directiva. En lo que se refiere a la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales, a la que se dedican estas páginas, la plataforma o bien no intervine, pues el contrato solo involucra a empresario y a consumidor, o bien la plataforma es el soporte o medio digitales empleado por el empresario para hacer accesibles los contenidos y servicios al consumidor o facilitar su descarga. Así será en la mayoría de los casos.

Sin embargo, el Reglamento de Servicios Digitales identifica como un servicio de intermediación que prestan las plataformas el de alojamiento de datos, «*consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este*» (artículo 3.g del Reglamento). Ese servicio es uno de los posibles servicios digitales que contempla la Directiva, cuyo Considerando 19 lo menciona expresamente: «La Directiva debe abordar los problemas en las diferentes categorías de contenidos digitales, servicios digitales y su suministro. Con el fin de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y de que el concepto de contenidos o servicios digitales mantenga un carácter estable frente a futuras innovaciones, la presente Directiva debe aplicarse,

35. Véase, ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, Reus, 2022. También la propuesta de categorización de las plataformas en BERTOLINI, A., et alii, *Liability of online platforms*, European Parliamentary Research Services, 2021, 7-24.

entre otras cosas, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como a servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (*software*) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales. Dado que existen numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales, la presente Directiva debe aplicarse con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para dar acceso a estos. No obstante, la presente Directiva no se debe aplicar a los servicios de acceso a internet.»

El artículo 6 del Reglamento de Servicios Digitales, que detalla las circunstancias que han de concurrir para que la plataforma que presta ese servicio no incurra en responsabilidad por las informaciones y datos que almacena, establece una excepción para los casos en que la plataforma actúa como si fuera el prestador del servicio. El mismo artículo 6, en su apartado 3, dispone que la exoneración de responsabilidad no se aplica a las «*plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control*»[36].

36. Sobre el tema, FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los e-market places», en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNFDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), *Estudios de derecho contractual europeo*, Aranzadi, 2022, 665-763; Arroyo Amayuelas, E., «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?», en Arroyo Amayuelas, E., Cámara Lapuente (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, cit., 343-383; ARROYO AMAYUELAS, E., «Article 14. Hosting» y «Article 15. No general obligation to monitor», en Schulze, R., Staudenmayer, D. (Eds.), *EU Digital Law,* cit., 475-494; Cuena Casas, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12-2, 283-348; VILALTA NICUESA, A. E., «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica*

En ese caso, la plataforma abandona su posición de mero intermediario para convertirse en un prestador de servicios o contenidos. En cuanto tal, queda sujeta a las reglas que la Directiva impone a los empresarios. La Directiva, que no menciona a las plataformas en su articulado, contiene varias referencias en sus Considerandos. En el Considerando 18, de manera coherente con las previsiones del Reglamento de Servicios Digitales ya referidas, se asimila a las plataformas al empresario cuando presten directamente los contenidos o servicios digitales: «Los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales»[37].

Cuando así sea, y a los efectos que interesan en este análisis, la obligación de suministro que se prevé y regula en los artículos 5, 11.1, 12.1 y 13 DCD será exigible a la plataforma, que quedará sometida a ese régimen legal. Como mínimo, pues el Considerando 18 de la Directiva, ya mencionado, concluye la equiparación de las plataformas al régimen de los empresarios que ofrecen contenidos o servicios digitales con una última mención en cuya virtud «Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestado-

---

de Derecho Inmobiliario, 765, 2018, 275-330; spindler, g., «The Liability system of Art. 17 DSMD and national implementation. Contravening prohibition of general monitoring duties?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (JIPITEC), 10-3, 2019, 344-374; Wendehorst, C., «Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive», *Journal of European Consumer and Market Law*, 5-1, 2016, 30-33; YANNOPOULOS, G. N., «The immunity of Internet intermediaries reconsidered?», en TADDEO, M., FLORIDI, L. (Eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, 2017, 43-59.

37. La misma solución adopta la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes cuando en su Considerando 23 dispone que «La presente Directiva debe aplicarse a cualquier contrato en virtud del cual el vendedor transmite o se compromete a transmitir la propiedad de los bienes al consumidor. Los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en la compraventa de bienes. Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva». Sobre el tema, entre otros, DOMURATH, I., «Platforms as Contract Partners: Uber and beyond», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25-5, 2018, 565-581.

res de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva». Cabe, por tanto, que las legislaciones nacionales extiendan la aplicación de las Directivas a otros servicios que puedan ofrecer las plataformas, también en los casos en que actúen como meros intermediarios.

Sin perjuicio de esa posibilidad, cuyo ejercicio corresponde a los derechos nacionales, y de la asimilación a un empresario de la plataforma que se presente como tal ante el consumidor, la relevancia de las plataformas para la Directiva se limita a servir de punto o lugar de suministro. Serán la instalación virtual que emplea el empresario para poner el contenido o servicio digitales a disposición del consumidor, desde el que este puede descargarlos o instalarlos. Así, en los Considerandos 41 y 57 de la Directiva.

III. EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES EN DERECHO ESPAÑOL

La adaptación del derecho español de consumo a la Directiva de Contenidos Digitales[38] se llevo a cabo con motivo del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, por el que se incorporaron, por la vía de urgencia, a nuestro ordenamiento diversas y variadas directivas europeas[39].

Por su parte, el legislador catalán incorporó las reglas sobre suministro de contenidos y servicios digitales en el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña (CCCat, en adelante) mediante Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código civil de Cataluña[40].

---

38. Véanse, CÁMARA LAPUENTE, S., «Contratos de suministro de contenidos y Servicios digitales», cit., 293-294; y SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 2019/770 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret 4.2021*, 33-87.

39. El Real Decreto-Ley fue convalidado, conforme a lo previsto en el artículo 86.2 CE, por la Resolución de 13 de mayo de 2021, del Congreso de los Diputados.

40. Sobre el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de las normas catalanas, GINEBRA MOLINS, M. E., «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa y del suministro de contenidos y servicios digitales. Especial referencia a la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 por el legislador catalán», en ARNAU RAVENTÓS, L., *La digitalización del derecho privado*, cit., 157-193.

Conviene, por tanto, analizar en cuanto interesa ambos cuerpos legales.

1. EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La adopción de la Directiva de Contenidos Digitales al derecho español de consumo dio lugar, en lo que interesa, a una nueva redacción del artículo 66bis TRLGDCU, dedicado al suministro de contenidos y servicios digitales que no se prestan en un soporte material. El legislador español, de este modo, intentó acomodar las normas de la Directiva en materia de suministro. Estas, como ya se ha indicado, dependen en lo que se refiere a su ámbito de aplicación, de lo que previene el artículo 3.3 DCD. En su virtud, las reglas de suministro de contenidos y servicios digitales relativas a la obligación y modos del suministro (artículo 5 DCD) y medidas correctoras por incumplimiento de suministro (artículo 13 DCD) no se aplican a los soportes materiales que sirvan «*exclusivamente como portador de contenidos digitales*».

Por ese motivo, la reforma del TRLGDCU distingue el suministro sin soporte material del caso en que tal soporte exista, aunque, como se verá, la distinción podría haber sido perfilada de mejor modo por el legislador. Las carencias que se identificarán deberán resolverse conforme a las reglas generales del derecho de contratos. El artículo 59.2 TRLGDCU lo declara con carácter general para todos los contratos de consumo.

Parece oportuno destacar, y es cuestión común a los casos de existencia o ausencia de soporte material, que el artículo 115 TRLGDCU, aunque contenga una regla sobre conformidad, puede ser de utilidad para resolver los casos –que la DCD obvia– en que la falta del suministro de los contenido o servicios digitales es imputable al consumidor. Conforme a esa regla, cuyo texto es el que sigue, la responsabilidad del empresario depende de la instalación o integración correcta de los contenidos o servicios. Y esta puede haber fracasado por causas imputables al consumidor:

> *Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117.*

1.1. Suministro de contenidos y servicios digitales que no se presten en soporte material

En el caso de ausencia de soporte material, la norma de referencia sobre el suministro de contenidos y servicios digitales a los consumidores es el artículo 66 bis TRLGDCU:

> *1. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor o usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato y suministrará los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato.*
>
> *La obligación de suministro por parte del empresario se entenderá cumplida cuando:*
>
> *a) El contenido digital o cualquier medio adecuado para acceder al contenido digital o descargarlo sea puesto a disposición del consumidor o usuario o sea accesible para él o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor y usuario para ese fin.*
>
> *b) El servicio digital sea accesible para el consumidor o usuario o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor o usuario a tal fin.*
>
> *2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor o usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias.*
>
> *En el caso de que el empresario no cumpla su obligación de suministro, el consumidor o usuario podrá solicitar que le sean suministrados los contenidos o servicios digitales sin demora indebida o en un período de tiempo adicional acordado expresamente por las partes.*
>
> *Si el empresario continúa sin cumplir con la entrega o suministro, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato.*
>
> *3. No obstante lo anterior, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato en el momento en el que se dé alguna de las siguientes situaciones:*
>
> *a) El empresario haya rechazado entregar los bienes o haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales.*
>
> *b) Las partes hayan acordado o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor*

o usuario es esencial que la entrega o el suministro se produzca en una fecha determinada o anterior a esta. En el supuesto de tratarse de bienes, dicho acuerdo deberá haberse producido antes de la celebración del contrato.

4. Cuando el consumidor o usuario resuelva el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales con arreglo al presente artículo, se aplicarán en consecuencia los artículos 119 ter y 119 quáter.

5. Recaerá en el empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud de este artículo.

6. Este artículo no será aplicable a los contratos excluidos del ámbito del Título IV de este Libro que aparecen relacionados en el apartado 2 del artículo 114, a excepción de los señalados en su apartado a).

El artículo, de considerable extensión, unifica en un solo precepto varios de los que la Directiva dedica a la regulación del suministro de contenidos y servicios digitales. Los apartados 1 y 2 del artículo 66bis TRLGDCU se corresponden con lo previsto por el artículo 5 DCD, los apartados 2 a 4 hacen lo propio con el artículo 13 DCD y el apartado 5 recoge la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 12.1 DCD. La responsabilidad que impone el artículo 11.1 DCD al empresario carece de equivalente literal en el TRLGDCU, aunque del tenor y sentido de sus disposiciones se deriva, lógicamente, esa responsabilidad. Al fin y al cabo, como ya se ha dicho, el artículo 11.1 DCD es superfluo, una vez que se impone la obligación de suministro, por cuyo incumplimiento responde el empresario.

La exclusión del ámbito objetivo de aplicación prevista en el apartado 6 del artículo 66bis TRLGDCU se corresponde, en general, con las exclusiones de la Directiva. De manera destacada, se excluyen los contratos gratuitos, de igual modo que en el artículo 3.1 DCD. La exclusión española, sin embargo, es más detallada. La letra h del artículo 114.2 TRLGDCU se refiere a «*El programa (software) ofrecido por el empresario bajo una licencia libre y de código abierto, cuando el consumidor o usuario no pague ningún precio y los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de mejorar la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad de ese programa (software) concreto*». Ese tipo de contenidos o servicios quedan excluidos de la regulación del TRLGDCU sobre suministro de contenidos y servicios digitales. El artículo 66bis, apartado 6, TRLGDCU excepciona de la exclusión de su ámbito de aplicación –y, por tanto, incluye– los contratos señalados en el apartado a) del artículo 114.2 TRLGDCU. Tales contratos son los que tengan por objeto animales vivos, cuya referencia en el contexto

del suministro de contenidos y servicios digitales llama poderosamente la atención.

En todo caso, es claro que las reglas sobre falta de suministro de contenidos y servicios digitales son exclusivas de ese supuesto. El legislador español ha querido mantener la especialidad y las exclusiones evidencian que las reglas procedentes de la DCD no pueden dar lugar a un régimen general sobre el suministro o la entrega aplicable a otros contratos de consumo.

Al margen de esa cuestión, el aspecto más criticable de la regulación es el mantenimiento de los 30 días para el suministro como plazo por defecto en ausencia de otro acordado entre las partes. El plazo es, ya se ha indicado, exótico, por excesivo, en el contexto de las transacciones que tienen por objeto contenidos y servicios digitales. En especial, en los casos en que no requieren de un soporte material, que es el supuesto que contempla el artículo 66bis TRLGDCU. En esos casos, la inmediatez es la regla y resulta difícil imaginar un contenido o servicio digitales disponibles en la red que puedan suministrarse en un plazo tan prolongado como los 30 días que prevé la norma española.

Ciertamente, es una solución legal en defecto de pacto, pero no es lo que se deriva de una lectura cercana a la realidad de las previsiones del artículo 5 DCD. En este precepto, ya referido, la regla es el suministro «sin demora indebida», salvo que otra cosa hayan acordado las partes. La ampliación de esos términos legales, aunque sea por una regla de integración del silencio contractual, a un plazo de 30 días es excesiva y, de hecho, contraria a lo que dispone la Directiva. La regla española modifica la solución por defecto, que en la Directiva es la del suministro «sin demora indebida» y lo hace de un modo que fácilmente puede convertirse en un perjuicio para el consumidor. Este puede no ser consciente de la necesidad de acordar un plazo contractual ni del hecho de que la ausencia de acuerdo en otro sentido permite al empresario disponer de 30 días para el suministro. Todo ello en un contexto exclusivamente digital en el que la negociación discurre por cauces alejados de los habituales.

El plazo de entrega que se prevé en el primer apartado del artículo 66bis TRLGDCU tiene su origen en la modificación de un texto que ya se había adaptado a lo dispuesto por el artículo 18 de la Directiva 2011/83, pero que no ha hecho lo propio con lo previsto en el artículo 5 DCD. El legislador no ajustó bien la reforma y, lo cierto, es que la regla española incumple el nivel de armonización obligada que impone el artículo 4 DCD y que la norma española es más perjudicial para el consumidor que la regulación de la Directiva de Contenidos Digitales.

1.2. Suministro de contenidos digitales en un soporte material

El supuesto carece de una regulación equivalente a la que el artículo 66bis TRLGDCU dedica a los casos en que no existe un soporte material. En esos casos, conviene recordarlo, el artículo 3.3 DCD, aunque afirma la aplicación general de la Directiva a los casos en que el contenido digital se presta a través de un soporte material –que, por tal motivo, no puede considerarse un «bien con contenidos digitales», como ya se ha explicado–, declara no aplicables a esos casos el artículo 5 DCD (obligación y modos de suministro) y el artículo 13 DCD.

La Directiva, tras la exclusión referida, no llena el vacío que la genera. Las reglas de entrega del soporte material (si se prefiere, las reglas de suministro del contenido digital que requiere de un soporte material), son las que prevea cada derecho nacional, debidamente adaptado a la Directiva 2011/83.

Acaso por ese motivo, es decir, por la aplicación de las reglas generales derivadas de la Directiva 2011/83, el legislador español consideró que no era necesaria una regulación específica para el suministro del soporte material, pues estas son las generales. Quizá, y si así fue, la razón es poderosa, es mejor no reproducir un régimen específico para el soporte material pues sus normas podrían dar lugar a confusiones en su relación con las generales en materia de entrega de bienes tangibles. No es otra cosa, al fin y al cabo, el soporte material.

El Considerando 11 de la Directiva de Contenidos Digitales deja claro que su necesidad obedece a que determinadas reglas sobre el suministro de contenidos y servicios digitales «deben armonizarse plenamente las normas sobre la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o de incumplimiento en el suministro y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras, así como sobre la modificación de los contenidos o servicios digitales». En todo lo demás, por ejemplo, las reglas de entrega del soporte material, las soluciones deben proceder de los derechos nacionales. Unas soluciones que, de todas formas, no pueden ser idiosincráticas, pues todas ellas deben ajustarse a lo previsto en la Directiva 2011/83.

Conforme a tales reglas, el plazo de 30 días que se prevé en el artículo 66bis TRLGDCU y que ya se ha criticado en el epígrafe anterior, se ajusta –como ya se ha dicho en este trabajo– a los casos de entrega de un soporte material. Sin duda, en mayor medida que a los casos de ausencia de tal soporte. De hecho, al caso del soporte material, excluido del artículo 66bis

TRLGDCU (y de los artículos 5 y 13 DCD), será de aplicación lo previsto con carácter general para los contratos a distancia en el artículo 109 TRLGDCU, conforme al cual:

> *Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.*

También lo previsto en los artículos 110 y 111 TRLGDCU. Aunque la aplicación de tales reglas exige que el contrato sea uno de los que, de conformidad con el artículo 92 TRLGDCU, sea concluido a distancia. Así será habitualmente por la dinámica propia del sector digital, pero es imaginable un caso de contratación entre presentes y, en ese caso, la determinación del plazo deberá concluirse por aplicación analógica y por referencia al artículo 18 de la Directiva 2011/83.

Será habitual que el soporte material, que debe llegar al consumidor, haya de ser transportado físicamente. Esa cuestión no está prevista en la DCD, por razón de la exclusión ya referida, y el vacío se colma con la regla del artículo 20 de la Directiva 2011/83, al que ya se ha hecho mención. El artículo 66ter TRLGDCU incorpora esa regla, en cuya virtud:

> *Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste.*

Se trata de una regla sobre transmisión de riesgos, necesaria y conveniente en los casos en que ha de intervenir el transporte. Su ubicación es discutible. Como consecuencia de las adaptaciones sucesivas del TRLGDCU a las sucesivas directivas, el precepto se lee a continuación del que se regula el suministro de contenidos y servicios digitales que no requieren de un soporte material. En ese caso, la ausencia de transporte hace innecesaria una regla como la que se contiene en el artículo siguiente, cuya razón de ser está, precisamente, en suplir una de las cuestiones –de extremada importancia– que la DCD no regula y que afecta al soporte material del contenido digital.

Conviene, por último, evitar una posible confusión. En las definiciones que incluye el artículo 59bis TRLGDCU, la que consta en la letra h) de su primer apartado, define «soporte duradero» como «*todo instrumento que permita al consumidor o usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS.*»

Ese «soporte duradero» que define el artículo 59bis RLGDCU no es el «soporte material» al que se refiere el artículo 3.3 DCD y a cuyas reglas sobre entrega se ha dedicado esta última parte del trabajo. El «soporte duradero», aunque la generalidad de la definición legal pudiera dar lugar a entender otra cosa, se refiere a la superficie, material o sostén en el que constan determinadas informaciones, precontractuales, sobre el contenido del contrato y sus modificaciones y sobre garantías, que el TRLGDCU obliga que el empresario entregue al consumidor en muchas ocasiones a lo largo de su articulado.

2. EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES EN EL DERECHO CATALÁN DE CONTRATOS

El régimen legal aplicable en Cataluña a los suministros de contenidos y servicios digitales se contiene los artículos 621-67 a 621-78 CCCat[41]. Aunque la cuestión excede del ámbito de análisis de esta contribución, conviene destacar que la adopción de tales reglas por parte del legislador catalán se hace con un objetivo más amplio que el adoptado por el TRLGDCU. En el primer párrafo del artículo 621-67 CCCat se dispone que:

> *1. Las normas de esta sección se aplican a los contratos onerosos en cuya virtud una parte se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales y la otra a pagar un precio en dinero o a facilitar sus datos para finalidades diferentes de las necesarias para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del suministrador o para que este cumpla los requisitos legales exigibles.*

Por tanto, el ámbito de aplicación por razón de la materia de las normas sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales es general,

41. Para una visión general de la regulación, ARNAU RAVENTÓS, L., «Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L., (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, cit., 47-95.

es decir, aplicable a todo tipo de contrato y no, únicamente, a los de consumo. Así lo demuestra que el tercer apartado del mismo artículo 621-67 CCCat declara la inoperatividad de las reglas sobre la materia en los casos en que los contenidos o servicios digitales se suministren a los consumidores:

> *3. En los contratos de consumo, las normas de la presente sección son imperativas. En consecuencia, es ineficaz cualquier pacto, cláusula o estipulación que las modifique en perjuicio del adquirente.*

Es decir, que la regulación catalana es de aplicación obligada en los contratos de consumo, pero que no agota su aplicación a tales casos. Los contratos entre empresarios también quedan sujetos a tales reglas, en la medida en que el derecho catalán sea de aplicación a su contrato.

El legislador catalán acata el nivel de armonización máxima previsto en el artículo 4 DCD y, a la vez, hace uso, así, de la libertad que el Considerando 16 de la Directiva reconoce a los legisladores nacionales: «Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de las normas de la presente Directiva a los contratos que han sido excluidos de su ámbito de aplicación, o de regular de otro modo tales contratos. Por ejemplo, los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de extender la protección que la presente Directiva proporciona a los consumidores, también a las personas físicas o jurídicas que no sean consumidores en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes».

También conviene destacar la opción del legislador catalán en relación con las normas subsidiarias. Estas, como ya se ha dicho, son de enorme relevancia en la materia, pues la Directiva de Contenidos Digitales focaliza su esfuerzo de armonización en determinados aspectos de la contratación de contenidos y suministros digitales, pero deja la solución de muchas controversias contractuales a las reglas del derecho nacional aplicable (Considerando 11 y Considerandos 12 a 16 de la Directiva, en relación con el artículo 4 DCD).

En el artículo 59.2 TRLGDCU, como ya se ha dicho, la subsidiariedad se dirige a las reglas generales en materia de derecho de contratos, sin que esa opción legal pueda entenderse como identificadora del tipo contractual cuya regulación haya de servir de referencia. Cabe, por tanto, acudir a las normas de la compraventa o a las de los contratos de servicios (aunque estos, por desgracia, muy deficientemente considerados por las reglas generales de la contratación). En el segundo apartado del artículo 621-67 CCCat, se declara

la aplicación subsidiaria de las reglas de la compraventa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Sin perjuicio de que esa subsidiariedad puede ayudar a resolver problemas por la vía de aplicación meramente analógica de las reglas sobre la compraventa, lo cierto es que la decisión del legislador catalán da a entender que considera que, al menos en la mayor parte de los casos, los contratos que den lugar al suministro de contenidos y servicios digitales se acomodarán a la regulación y lógica económica de la compraventa.

En relación con la obligación de suministro, el segundo apartado del artículo 621-68 CCCat incorpora la distinción entre suministros con y sin soporte material que procede del artículo 3.3 DCD. De igual modo que en el TRLGDCU, el CCCat decidió deferir el caso del suministro con soporte material a las reglas generales y establecer normas específicas para el supuesto de ausencia de soporte material.

Entre ellas, y en lo que se refiere al suministro, el artículo 621-69 CCCat, sobre puesta a disposición de los contenidos y servicios digitales, incorpora las previsiones del artículo 5 DCD. Lo hace de una forma más acorde con la Directiva que el artículo 66bis TRLGDCU. En el derecho catalán, el suministro, salvo pacto en otro sentido, debe efectuarse sin demora indebida; «de manera inmediata» concreta el tercer apartado del artículo 621-69 CCCat.

El primer apartado del artículo 621-77 CCCat incorpora las previsiones del artículo 13 DCD, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de suministro por parte del empresario y las condiciones y consecuencias del ejercicio de la facultad de resolución del contrato por parte del adquirente.

Merece, por último, una valoración muy positiva, en especial en relación al suministro de contenidos y servicios digitales, la regla que se incorpora en el artículo 621-75 CCCat, conforme a la cual:

> *1. El suministrador no es responsable de la falta de conformidad si prueba que el entorno digital del adquirente no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales, si le ha informado de estos requisitos, de forma clara y comprensible, antes de la conclusión del contrato.*
>
> *2. El adquirente tiene que cooperar con el suministrador, de manera razonable y poniendo los medios técnicos disponibles menos intrusivos para él, para que aquel pueda determinar si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales es consecuencia del entorno digital del adquirente. Si este se niega a cooperar, la carga de la prueba sobre la existencia*

de la falta de conformidad en el momento de la puesta a disposición recae en el adquirente.

Una regla que permite moderar –justamente– el rigor de las obligaciones del empresario en relación con el suministro y que es de gran utilidad en la solución de controversias relativas a la falta de suministro que tengan su origen en causas imputables al adquirente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, M. T., La contratación electrónica mediante plataformas en línea, Reus, 2022.

ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), El derecho privado en el nuevo paradigma digital, Marcial Pons, 2020, 79-100.

ARNAU RAVENTÓS, L., «Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), La digitalización del derecho de contratos en Europa, Atelier, 2022, 47-95.

ARROYO AMAYUELAS, E., «Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), La digitalización del derecho de contratos en Europa, Atelier, 2022, 19-46.

Arroyo Amayuelas, E. et alii., Servicios en plataformas. Estrategias regulatorias, Marcial Pons, 2021, 21-67.

Arroyo Amayuelas, E., «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?», en Arroyo Amayuelas, E., Cámara Lapuente (Dirs.), El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital, Marcial Pons, 2020, 343-383.

ARROYO AMAYUELAS, E., «Article 14. Hosting», en Schulze, R., Staudenmayer, D. (Eds.), EU Digital Law, Beck-Nomos-Hart, 2020, 475-489.

ARROYO AMAYUELAS, E., «Article 15. No general obligation to monitor», en Schulze, R., Staudenmayer, D. (Eds.), EU Digital Law, Beck-Nomos-Hart, 2020, 489-494.

ARROYO VENDRELL, T., «Aproximaciones a la propuesta de directiva europea sobre los contratos de contenido y servicios digitales», en KINDL,

J., ARROYO VENDRELL, T., GSELL, B. (Eds.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Nomos, 2018, 37-62.

BERTOLINI, A., et alii, Liability of online platforms, European Parliamentary Research Services, 2021.

BUSCH, C., SCHULTE-NÖLKE, H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., ZOLL, F., «The Rise of the Platform Economy: A new challenge for EU Consumer Law», Journal of European Consumer and Market Law, Vol. 5-1, 2016, 3-10

CÁMARA LAPUENTE, S., «Contratos de suministro de contenidos y Servicios digitales», en SANTOS MORÓN, M. J. Y MATO PACÍN, M. (Coord.), Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual, Tecnos, 2022, 205-228.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), El derecho privado en el nuevo paradigma digital, Marcial Pons, 2020,141-174.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», Cuadernos de Derecho Transnacional, 12-1, 2020, 838-862.

CAMPOS CARVALHO, J., «Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe», en Arroyo Amayuelas, E., Cámara Lapuente (Dirs.), El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital, Marcial Pons, Madrid, 2020, 239-254.

CUENA CASAS, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12-2, 283-348.

DE FRANCESCHI, A., «European Contract Law and the Digital Single Market. Current Issues and New Perspectives», en European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution, Intersentia, 2016, 1-17.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M., «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», Revista de Derecho Privado, 4, 2020, 93-120.

DOMURATH, I., «Platforms as Contract Partners: Uber and beyond», Maastricht Journal of European and Comparative Law, 25-5, 2018, 565-581.

DREXL, J., «Legal challenges of the changing role of personal and non-personal data in the data economy», en DE FRANCESCHI, A., SCHULZE,

R. (Eds.), Digital Revolution – New Challenges for Law, Beck, Nomos, 2019, 19-41

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., Derecho contractual y mercado interior europeo, Aranzadi, 2023.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los e-market places», en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNFDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), Estudios de derecho contractual europeo, Aranzadi, 2022, 665-763.

FERVERS, M., «Article 13. Remedy for the failure to supply», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., EU Digital Law, Beck-Nomos-Hart, 2020, 221-241.

GARCÍA PÉREZ, R., «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), El derecho privado en el nuevo paradigma digital, Marcial Pons, 2020, 175-208.

GILIKER, P., «Regulating Contracts foe the Supply of Digital Content: the EU and UK Response», en SYNODINU, T-E., JOGLEUX, P., MARKOU, C., PRASTITOU, T. (Eds.), EU Internet Law. Regulation and Enforcement, Springer, 2017, 101-124.

GINEBRA MOLINS, M. E., «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa y del suministro de contenidos y servicios digitales. Especial referencia a la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 por el legislador catalán», en ARNAU RAVENTÓS, L., La digitalización del derecho de contratos en Europa, Atelier, 2022, 157-193.

KAPLOW, L., «Burden of Proof», 121 The Yale Law Journal 738-1013 (2011-2012).

LEHMANN, Matthias, «A Question of Coherence. The proposals of EU contract rules on digital content and online sales», Maastricht Journal of European and Comparative Law, 23-5, 2016, 752-774

LEHMANN, Michael, «A European Market for Digital Goods», en DE FRANCESCHI, A. (Ed.), European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution, Intersentia, 2016, 112-126.

LOOS, M., «The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL», Zeitschrift für Europäisches Unternhemens– und Verbraucherrecht, 2014-3, 146-160.

MARTENS, S., «Introduction before Art. 18:201», en JANSEN N., ZIMMERMANN, R. (Eds.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford University Press, 2018, 1973-1978.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L., SANCHO LÓPEZ, M., «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la app?», InDret 1.2018, 1-36.

METZGER, A., «Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), El derecho privado en el nuevo paradigma digital, Marcial Pons, 2020, 121-140.

MEZZANOTTE, F., «Risk Allocation and Liability Regimes in the IoT», en DE FRANCESCHI, A., SCHULZE, R., Digital Revolution – New Challenges for Law, Beck, Nomos, 2019.

MIRAMBELL FARGAS, M., The Seller's right to cure under article 48 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods, Eleven International Publishing, International Commerce and Arbitration Series, 2018.

MORAIS CARVALHO, J. «Directive (EU) 2019/770 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services», en LODDER, A., MURRAY, A. (Editores), EU Regulation of E-Commerce. A Commentary, 2nd edition, Edwar Elgar, 2022, 334-363.

MORAIS CARVALHO, J., «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), El derecho privado en el nuevo paradigma digital, Marcial Pons, 2020, 31-47.

MÜLLER-CHEN, M., «Articles 45-52 CISG», en SCHWENZER, I., SCHLECHTRIEM. P. (Eds.), Commentary on UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4th edition, Oxford University Press, 2016, 720-820.

PLANA ARNALDOS, M., «Los datos personales como contraprestación», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Protección de datos personales, Tirant lo Blanch, 2020, 561-618.

RÖLINGER, M., PÜSCHEL, R., EGGER, A., «Ausgangslage und ökonomische Erwartungen and das Internet der Dinge», en BRÁUTIGAM, P., KRAUL, T., Internet of Things, Beck, 2021.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 2019/770 y su transposición al ordenamiento jurídico español», InDret 4.2021, 33-87.

SCHULZE, R., «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution, Intersentia, 2016, 127-143.

SCHULZE, R., «Article 5. Supply of the digital content or digital service» en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., EU Digital Law, Beck-Nomos-Hart, 2020, 97-107.

SPINDLER, G., «Contracts for the Supply of Digital Content», European Review of Contract Law, 2016, 183-217.

SPINDLER, G., «The Liability system of Art. 17 DSMD and national implementation. Contravening prohibition of general monitoring duties?», Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC), 10-3, 2019, 344-374.

STAUDENMAYER, D., «Towards a European Private Law of the Digital Economy? Trends», en JANSSEN, A., SCHULTE-NÖLKE, H. (Eds.), Research in European Private Law and Beyond, Nomos, 2020, 65-90.

STAUDENMAYER, D., «Article 3. Scope», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., EU Digital Law, Beck-Nomos-Hart, 2020, 57-91.

TWIGG-FLESNER, C., «Disruptive Technology-Disrupted Law? How the Digital Revolution affects (Contract) Law», en European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution, Intersentia, 2016, 21-48.

TWIGG-FLESNER, C., «Conformity of goods and digital content/digital services», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S., El derecho privado en el Nuevo paradigma digital, Marcial Pons, 2020, 49-78.

VILALTA NICUESA, A. E., «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 765, 2018, 275-330.

YANNOPOULOS, G. N., «The immunity of Internet intermediaries reconsidered?», en TADDEO, M., FLORIDI, L. (Eds.), The Responsibilities of Online Service Providers, Springer, 2017, 43-59.

WENDEHORST, C., «Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive», Journal of European Consumer and Market Law, 5-1, 2016, 30-33.

WILLEMS, C., «Art. 19:101», en JANSEN N., ZIMMERMANN, R. (Eds.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford University Press, 2018, 2075-2087.

ZOLL, F., «Article 11. Liability of the Trader», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., EU Digital Law, Beck-Nomos-Hart, 2020, 199-212.

ZOLL, F., «Article 12. Burden of proof», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D., EU Digital Law, Beck-Nomos-Hart, 2020, 212-221.

V

La conformidad en los contratos sobre contenidos y servicios digitales

FERNANDO GÓMEZ POMAR
Catedrático de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra
Uría Menéndez

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD APLICABLE EN ESPAÑA A LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. II. LA CONFORMIDAD CON EL CONTRATO COMO SOLUCIÓN JURÍDICA A UN PROBLEMA ECONÓMICO-CONTRACTUAL. *1. Las diferencias de información en el contrato. 2. Para qué sirve la garantía de conformidad.* III. CUESTIONES GENERALES DE LA NOCIÓN DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS SOBRE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. *1. La conformidad en el panorama comparado. 2. Ámbito general y dimensiones de la conformidad en los contratos sobre contenidos y servicio digitales. 3. Falta de conformidad y rechazo del suministro.* IV. LA DETERMINACIÓN DE LA CONFORMIDAD. *1. Los criterios subjetivos de la conformidad: el ajuste a lo pactado en el contrato. 2. Los criterios objetivos de conformidad.* 2.1. Los fines a que normalmente se destinan. 2.2. La versión de prueba. 2.3. Accesorios e instrucciones. 2.4. Las legítimas expectativas del consumidor y las declaraciones públicas atribuibles al empresario. 2.5. La vertiente dinámica: las actualizaciones necesarias para la conformidad. 2.6. El riguroso esquema de exclusión de los criterios objetivos de conformidad. V. INTEGRACIÓN DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y CONFORMIDAD. VI. BREVE RECAPITULACIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD APLICABLE EN ESPAÑA A LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

La imposición a quienes de manera profesional y organizada ponen en el mercado contenidos o servicios digitales de una obligación o deber contractual de suministrarlos de manera conforme con el contrato que sustenta el suministro de los mismos se residencia en el Derecho europeo en el art. 6 de la Directiva 2019/770 y su régimen se desarrolla en los preceptos posteriores de la misma.

Como es bien sabido, esta Directiva (al igual que la Directiva «gemela» 2019/771) ha conocido en Derecho español una doble transposición. Por un lado, el Estado, en el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril[1], esencialmente ha implementado ambas Directivas de manera conjunta en el Título IV del Libro II del TRLGDCU. Siguiendo una ya decantada tradición del legislador español en materia de Derecho de consumo, esta transposición se produce fuera del CC y en el cuerpo normativo central –aunque no exclusivo– del Derecho de consumo de carácter nacional en España. Además, se ha intentado (aunque algún aspecto, como la modificación de contenidos y servicios digitales ha requerido la creación de una sección que no es común a ambos sectores) la máxima integración entre los contenidos de ambas Directivas objeto de transposición en el mismo conjunto de preceptos del TRLGDCU[2].

---

1. Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021.

2. Sobre la transposición en el TRLGDCU se pueden consultar, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, N.º 9887, 2021; TUR FAÚNDEZ, N., «El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril», *La Ley mercantil*, N.º 83, 2021; ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N.º 41, 2022; TORRELLES TORREA, E., «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», 15 (1) *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, p. 846.
   Para la transposición en otros países, véanse, SENECHAL, J., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, Issue 6, 2021, p. 266; SORENSEN, M. J., «The Implementation of the

Por otro, ambas Directivas han sido objeto de transposición independiente en el Derecho civil de Cataluña (en el CCCat, en concreto) por el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre[3]. En el caso catalán, dos diferencias resaltan ya a primera vista en la implementación elegida en relación con el modelo adoptado por el Estado. De una parte, se ha optado por el CCCat, de manera escasamente sorprendente, pues ya el régimen catalán de la compraventa en general, así como el de la compraventa de consumo, adoptado en 2017[4]constituía en gran medida la transposición «catalana» de la Directiva 1999/44, sobre garantías en la venta de bienes de consumo. De otra, porque la integración en la disposición normativa correspondiente a ambas Directivas no ha sido completa, al contrario que en el TRLGDCU, en el cual el régimen es unitario en todo lo legalmente admisible por las exigencias de

---

EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Denmark», J*ournal of European Consumer and Market Law*, Vol. 11, Issue 5, 2022, p. 197; DE FRANCESCHI, A., «The Digitalization of Contract Law facing the Sustainability Challenge: The Italian Experiences towards the Development of EU Law», *EuCML*, N.º 13, 2022, p. 236; METZGER, A., «Vor §327 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C H Beck, Munich, 2022, Rn. 8 y ss.; LOOS, M., «Consumer Sales and Digital Contracts in the Netherlands after Transposition of the Directives on Digital Content and Sale of Goods», *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, N.º 16, 2022.

Sobre las propuestas de transposición o las normas que lo hacen en distintos ordenamientos europeos, véanse, ZÖCHLING-JUD, B., «Digital Consumer Contract Law and New Technologies. Implementation of the Digital Content Directive in Austria», *Jipitec*, 2021, p. 221 (para Austria); LOOS, M., «The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands», *Jipitec*, 2021, p. 229 (para Holanda); NAMYSLOWSKA, M., JABLONOWSKA, A. y WIADEREK, F., «Implementation of the Digital Content Directive in Poland: A Fast Ride on a Tandem Bike against the Traffic», *Jipitec*, Vol. 12, No. 2, 2021, p. 241 (para Polonia); KULL, I., «Transposition of the Digital Content Directive into Estonian Legal System», *Jipitec*, Vol. 12, No. 2, 2021, p. 249 (para Estonia); MORAIS CARVALHO, J., «La Incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 219/771 al Ordenamiento Jurídico Portugués», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 195.

Sobre el conjunto de este proceso, véase DE FRANCESCHI, A. y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *Nomos*, Baden-Baden, 2023; SCHULZE, R., «European Contrat Law– Recent Changes to Concepts and Structures» en ANTONIOLLI, L. y IAMICELI, P. (Eds.), *The Making of European Private Law: Changes and Challenges*, Universitá degli Studi di Trento, Trento, 2024, p. 99 y ss.

3. Decreto-ley catalán 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código civil de Cataluña, DOGC núm. 8564, de 16 de diciembre de 2021, BOE núm. 44, de 21 de febrero de 2022.
4. Ley catalana 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, DOGC núm. 7314, de 22 de febrero de 2017 y BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2017.

las Directivas. En el CCCat, el régimen de la conformidad con el contrato en cuanto a los contenidos y servicios digitales se desdobla en la sección cuarta del Capítulo I del Título II del Libro VI CCCat (referida específicamente a los contratos sobre contenidos y servicios digitales) y en la sección primera del mismo Libro, Título y Capítulo (referida al contrato de compraventa como modelo central de los contratos con finalidad transmisiva)[5].

El ámbito de aplicación de las nuevas reglas fruto de la transposición de la Directiva 2019/770 es muy dispar en el Derecho privado del Estado y en el Derecho civil catalán, sin embargo. La transposición general se ha producido en el TRLGDCU y por tanto es de aplicación únicamente a los contratos sujetos al Texto Refundido de consumidores, esto es, contratos de suministro de contenidos y servicios digitales celebrados por un empresario y un consumidor (ambas nociones tal y como se definen en los arts. 4 y 3.1 TRLGDCU). Los restantes contratos de suministro sobre contenidos o servicios o contenidos generales no quedan sujetos a las definiciones del art. 59 bis y a las reglas de los arts. 114 y ss. TRLGDCU. El ámbito de aplicación así delineado es muy similar al que resulta de la transposición francesa, que ha llevado la garantía de conformidad sobre contenidos y servicios digitales a una nueva sub-sección del *Code de la consommation*, aunque hace sus reglas extensibles (art. L.224-25.31) a contratos en los que la parte receptora de los servicios y contenidos digitales es un «no profesional» (que el artículo preliminar del *Code de la Consommation* define como una persona jurídica que no actúa para fines profesionales. Esta extensión explícita produce un resultado muy similar al que se desprende del amplio concepto de consumidor del art. 3.1 TRLGDCU.

Una restricción a los contratos de consumo la encontramos igualmente en otros relevantes sistemas jurídicos europeos. Así, en Italia la transposición de la Directiva 2019/770 se ha producido, como allí –y en España y en Francia– es tradición con las Directivas de consumo, fuera del *Codice civile*, en el *Codice del consumo*, y se aplica solo a contratos entre profesional y consumidor (art. 135-octies *Codice del consumo*). En Alemania y en Holanda, aunque la transposición se ha producido en sus respectivos códigos civiles, sin embargo (y al contrario que con la transposición de las reglas europeas

5. Sobre la transposición de las Directivas al CCCat, véanse, ARNAU RAVENTÓS, L., «Productos digitales en el Derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 47 y ss., especialmente, en lo tocante a conformidad, p. 68 y ss.; ARNAU RAVENTÓS, L. y GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *ADC*, T. LXXVI, Fasc. I, 2023, p. 75 y ss.

de la Directiva 2019/771), se ha limitado su aplicación a los contratos de consumo, tal y como se entienden en uno y otro ordenamiento: §327 BGB[6] y Título 7.1 AA[7] del Código civil holandés.

En el CCCat, por contra, la nueva sección cuarta del Capítulo I del Título II del Libro VI, sobre suministro de contenidos y servicios digitales, cubre cualquier contrato oneroso[8] (por precio o por datos personales) con tal objeto, cualquiera que sea la naturaleza de los contratantes implicados (art. 621-67.1 CCCat), aunque si el contrato es de consumo, las normas contenidas en esa sección adquieren carácter imperativo (art. 621-67.3 CCCat), del cual carecerían en un contrato que no se pudiera calificar de contrato de consumo de conformidad con el art. 621-2 CCCat. La extensión del ámbito personal de aplicación de las reglas de la Directiva 2019/770 no contradice la finalidad armonizadora de esta, pues el Considerando 16 expresamente recuerda la libertad de implementación más allá del ámbito personal trazado por la propia Directiva.

Por otro lado, una parte del contenido de la Directiva 2019/770 se ha implementado en el Derecho civil catalán fuera de la nueva sección cuarta, y se ha tratado de hacer una redacción de síntesis en diversas cuestiones (criterios de conformidad, actualizaciones) comunes a la compraventa de bienes de consumo (singularmente aquellos con elementos digitales) y al suministro de contenidos y servicios digitales.

En este capítulo el análisis se refiere esencialmente a las reglas y soluciones de la Directiva 2019/770 en su transposición al TRLGDCU, si bien ocasionalmente se realizarán algunas referencias al régimen codificado en Cataluña.

II. LA CONFORMIDAD CON EL CONTRATO COMO SOLUCIÓN JURÍDICA A UN PROBLEMA ECONÓMICO-CONTRACTUAL

El punto de partida para entender cabalmente el régimen de conformidad sobre contenidos y servicios digitales entiendo que no puede ser otro que identificar el problema contractual subyacente a las exigencias de

6. Sobre la decisión del legislador alemán, véase, METZGER, A., «Vor §327 BGB», ob. cit., Rn. 1 y ss.
7. LOOS, M., «Consumer Sales and Digital Contracts…», ob. cit., p. 4.
8. A excepción, acaso, de aquellos que merezcan la calificación de mercantiles, pues entonces la aplicación del CCCat tendría –y ello no es seguro a tenor de la jurisprudencia del TS– únicamente supletoria. Para esta posición del TS, véanse, STS, 1.ª, 6.9.2013 (RJ 4494/2013) y STS, 1.ª, 6.9.2013 (RJ 4495/2013).

conformidad y a sus consecuencias para las partes en el contrato. Dado que se trata de una materia contractual, no es de extrañar que el origen de la cuestión tenga naturaleza económica, pues los contratos son esencialmente interacciones económicas entre individuos y empresas u otras organizaciones y la contratación es, en su raíz desnuda, un fenómeno económico –aunque condicionado y gobernado de manera muy importante por reglas e instituciones jurídicas–.

1. LAS DIFERENCIAS DE INFORMACIÓN EN EL CONTRATO

Las cuestiones relativas a la información son recurrentes en el mundo de los intercambios contractuales. Antes de contratar, durante la relación contractual e, incluso, tras la consumación de la misma, las partes tienen acceso diferente a elementos de información diversos que inciden de manera muy relevante sobre lo que van a recibir en virtud del contrato que proyectan celebrar y cuánto les va a suponer en términos de costes quedar vinculados por un contrato en unos ciertos términos. Esta idea de la enorme trascendencia de la información en el contrato –y por tanto, en el Derecho de contratos– ha penetrado de forma clara en la aproximación jurídica prevalente en España y en otros países de nuestro entorno. Hoy casi nadie ignora que defectos del consentimiento como el error o el dolo –e, incluso, allí donde se admiten, los problemas contractuales ligados al aprovechamiento de la ventaja injusta o a la lesión– no se pueden explicar sin acudir a las diferencias de información entre las partes. Algo parecido sucede con buena parte de la normativa contractual de protección del consumidor, desde las obligaciones de información precontractual del empresario a la transparencia de las cláusulas no negociadas, pasando por la garantía de conformidad de los bienes vendidos (en realidad, el saneamiento por vicios ocultos ya era una respuesta *avant-la-lettre* a los problemas de asimetría de información en productos vendidos ordinariamente en los mercados de consumo).

Con todo, la trascendencia de las cuestiones de información no se circunscribe a estos ámbitos en los que su relevancia ha entrado ya a formar parte del acervo e incluso del vocabulario de los juristas en materia contractual. En realidad, la totalidad de la materia contractual –y otras muchas de las que se ocupa el Derecho, desde los mercados de valores a la regulación pública de los mercados o el derecho de la competencia– está condicionada por la información a disposición de los sujetos que interaccionan. En realidad, información, incentivos y asignación de riesgos son los ingredientes que conforman el sustrato económico del fenómeno contractual. El Derecho

de contratos actual no puede permanecer ajeno a ellos. Al contrario, debe prestarles la máxima atención, so pena de establecer y aplicar unas reglas que pongan palos en las ruedas del mecanismo contractual. En el caso de los contratos orientados a la transmisión de bienes y al suministro de contenidos y servicios digitales, ignorar estas cuestiones puede frenar gravemente el necesario flujo de bienes, contenidos y servicios que demandan los consumidores y las empresas ponen en el mercado.

En cuanto a la relevancia de los problemas informativos que aquejan a la contratación, se puede ilustrar esta idea mostrando cómo los problemas de selección adversa y riesgo moral –las dos expresiones fundamentales de la asimetría de información entre las partes de un contrato– encuentran aplicación en innumerables ámbitos y modalidades de contrato. El más tradicional de los ámbitos contractuales en que se despliega de manera particularmente intensa el problema de la asimetría de información es el del seguro, en el cual han nacido incluso las denominaciones, hoy de aplicación generalizada en la teoría económica y en las aplicaciones jurídicas de esta, de selección adversa («*adverse selection*») y riesgo moral («*moral hazard*»).

Los problemas de riesgo moral y selección adversa, sin embargo, no circunscriben su alcance al ámbito del contrato de seguro, ni mucho menos, aun cuando allí recibieron su denominación actual. El dominio de su poder explicativo y su vigencia conceptual se extiende a todo el campo de los intercambios contractuales y sus implicaciones permean gran número de cuestiones y sectores clásicos y señeros de la contratación (compraventa de bienes, contratos de prestación de servicios, contratos de financiación).

Trataré de acreditar esta afirmación con sendos ejemplos, el primero sobre selección adversa y el segundo relativo al riesgo moral, centrados en un contrato de compraventa (de bienes o de contenidos digitales, pongamos).

En un contrato de compraventa, un vendedor, V, que ofrece un bien cuya calidad puede ser alta o baja[9] (qa, qb), siendo este nivel de calidad conocido por V pero ignorado por un potencial comprador, C. Este potencial adquirente tan solo sabe que existe una probabilidad, p, siendo $0<p<1$, de que el bien tenga calidad alta, y una probabilidad complementaria (1-p), de que el bien presente calidad baja. El valor para C de recibir un bien de calidad

9. No necesariamente defectuoso o inhábil. El ejemplo puede comprender este caso igualmente, pero se puede también pensar en dos niveles de calidad diferentes que sirven segmentos distintos de intensidad de uso por el adquirente o de valoración por el comprador.

alta es v(qa) y el valor de uno de calidad baja es v(qb). C, conociendo este escenario, no ofrecerá (o aceptará, si V lo propone), un precio, P, que exceda del valor que C espera recibir, dado el carácter incierto de la calidad del bien o del contenido en el momento de celebrar un contrato vinculante sobre su adquisición:

$$P \leq p\,[v(q^{a})] + (1-p)\,[v(q^{b})]$$

Es esperable que si V sabe que lo que está ofreciendo es de calidad alta, no esté dispuesto a venderlo a ese precio P, que salvo que p (la probabilidad que espera el comprador de que sea de alta calidad) esté muy cerca de 1, se hallará alejado de la valoración de un comprador sobre un bien de calidad elevada (y que es el máximo precio al que un vendedor que ofrece calidad alta está en disposición de obtener con su venta). En definitiva, en este escenario se puede anticipar que si V tiene un bien de calidad alta y lo sabe, no está dispuesto a ponerlo a la venta por el precio máximo que un comprador razonable y advertido estaría dispuesto a pagar. Por ello, un potencial comprador que no sabe la calidad exacta de lo que va a comprar, en presencia de esa variedad de calidades, esperaría que un vendedor con un bien de calidad elevada no esté dispuesto a contratar al precio que ese comprador estaría dispuesto a pagar. Tan solo los vendedores con bienes de baja calidad estarán motivados para contratar en esos términos.

Por ello, un potencial comprador, anticipando que solo los operadores de baja calidad van a vender, el máximo precio que estará dispuesto a pagar es el que corresponde al valor de un bien de calidad baja, que serán los únicos a la venta.

$$P \leq v(q^{b})$$

Este es el resultado de selección adversa: solo se ofrecen en el mercado bienes (o contenidos digitales) de la calidad inferior. Para evitar este funesto equilibrio, los contratantes (empresas e individuos) y los sistemas jurídicos han creado y puesto en práctica instrumentos creíbles de transmisión de información no observable en favor de las contrapartes contractuales que ignoran la información al tiempos de contratar: garantías contractuales –voluntarias– que devienen vinculantes sobre calidad y conformidad del bien, acciones de saneamiento por vicios o defectos ocultos, y más recientemente, la obligación de conformidad de los bienes o contenidos y servicios digitales, y los remedios exigibles por el comprador cuando la conformidad viene a faltar.

Con una garantía vinculante de que un bien vendido como de alta calidad ($q^{a)}$ efectivamente la tiene, el comprador estará dispuesto a pagar $P \leq v$ (q^a qa), pues si tras el contrato se comprueba que lo adquirido es de calidad baja y no alta, tendrá a su alcance algún instrumento para obtener el resultado deseado por el comprador, dependiendo del concreto mecanismo jurídico que se despliegue (garantía contractual, saneamiento, puesta en conformidad, indemnización de daños y perjuicios). Así, en función del remedio (o remedios) que sean de aplicación en Derecho, la parte compradora podría exigir;

A. que V realice lo necesario para que el bien efectivamente alcance el nivel de calidad q^a (mediante la reparación o sustitución o en general, la puesta en conformidad)
B. pedir la diferencia de precio entre $P \approx v(q^a)$ y $P \approx v(q^b)$
C. resolver el contrato y exigir la devolución de P
D. además de lo anterior o, alternativamente, la indemnización de daños y perjuicios que le coloque en la situación en que se hallaría de haber sido el bien verdaderamente de calidad q^a.

Por tanto, un contratante V, si dispone de un bien de calidad alta lo venderá como tal, y si lo tiene de baja calidad, no ocultará la información sobre su verdadera calidad (y no ofrecerá un compromiso vinculante de calidad alta, pues al descubrirse su verdadera condición, quedará sujeto a las consecuencias de esa garantía). C, entonces, deducirá racionalmente que V le está vendiendo un bien de calidad baja y pagará el precio correspondiente a ese nivel de calidad.

En el argumento anterior se ha supuesto que el nivel de calidad del bien o contenido era dado. Sin embargo, la información inobservable para un contratante –el comprador– al contratar puede no ser una característica o cualidad preexistente en la prestación o bien objeto de intercambio, sino una acción de la contraparte con incidencia sobre los resultados de la relación contractual para las partes.

Aquí, el problema subyacente ligado al desconocimiento por el potencial comprador de las acciones de la otra parte que afectan al valor de la prestación para el primero es distinto: el riesgo moral. Surge este cuando, sin los incentivos adecuados, el contratante cuyas acciones pueden aumentar o disminuir el valor conjunto de la ejecución del contrato para las partes, al no ser observada su conducta por la otra parte se ve tentado de no adoptar

la conducta que hace máximo ese valor conjunto, sino que se inclina por hacer lo que conviene solo a su propio interés.

Pensemos en un contratante V, que fabrica el bien que luego vende (o el empresario que desarrolla y luego suministra un contenido digital), y que puede elegir entre no esforzarse, lo que le cuesta 0, o esforzarse en la fabricación, esfuerzo que le supone un coste δ. Si se esfuerza, el valor de la prestación ejecutada para quien la recibe pasa de v^b a un valor más elevado, v^a. Por su parte, $\delta < (v^a - v^b)$, esto es, realizar el esfuerzo suplementario «compensa» y aumenta el valor neto del contrato, pues su coste es inferior al incremento de valor de la prestación que genera. El esfuerzo es inobservable para el comprador C, que ignora si V lo ha realizado o no.

Si el precio del contrato es fijo (no depende del esfuerzo o del valor final de la prestación) y el Derecho de contratos no obliga al V a entregar un bien que proporcione al adquirente un valor v^a, de modo que entregar un bien de valor v^b no se califica de falta de conformidad de lo entregado con el contrato, o de incumplimiento del contrato, es claro que V no incurrirá en el esfuerzo suplementario, pues no le conviene. Y ello aunque sea la conducta eficiente y socialmente deseable, que hace máximo el valor de conjunto de la interacción contractual. Esto es el riesgo moral.

Supongamos que entregar la prestación le supone un coste c a V. En efecto, si hace el esfuerzo, el beneficio del contrato para V será de P-c– δ. Si omite el esfuerzo adicional, su beneficio será P-c, que es superior, por lo que prefiere ahorrarse el esfuerzo suplementario.

¿Cómo puede incentivarse el esfuerzo de V, dado que este es en sí inobservable? Como v^b o v^a si se puede verificar, se puede pactar un precio que dependa de v^b y v^a, de modo que $P(v^a) > P(v^b)$. Si la diferencia entre ambos precios es mayor que δ, V se verá inducido a realizar el esfuerzo deseado. Otra posibilidad es que el hecho de V entregue una prestación con valor v^b en lugar de v^a se pueda considerar una falta de conformidad con el contrato o un incumplimiento contractual que permitiría a C, o bien exigir la entrega de una prestación con valor v^a (cumplimiento forzoso o puesta en conformidad, por ejemplo a través de la sustitución de lo entregado por un bien que reporta ese mayor valor), bien el pago de una indemnización de daños y perjuicios ($D = v^a – v^b$). En estos casos, también V se ve incentivado a realizar el esfuerzo y se solventaría el problema de riesgo moral.

Con todo, no cabe pensar que estos problemas de riesgo moral se pueden resolver con facilidad empleando herramientas contractuales sencillas

como los precios (o compensaciones o «bonus») variables o los remedios básicos frente al incumplimiento o la falta de conformidad con el contrato. En nuestro ejemplo, el esfuerzo de V se traslada de manera determinista –cierta, segura– y no simplemente probabilística, a un aumento del valor de la prestación.

En la realidad, podemos fácilmente hallar escenarios contractuales en los que el esfuerzo no asegura el aumento de valor de la prestación, sino que simplemente eleva la probabilidad de ese aumento, sin hacerlo cierto. Por tanto, a pesar del esfuerzo, es posible que la prestación tenga valor v^b. En este caso no es obvio que un simple precio variable en función de la calidad verificable induzca los incentivos adecuados, especialmente si V es averso al riesgo –no solo toma en cuenta el valor esperado de las alternativas a que se enfrenta, sino también el nivel de riesgo asociado a las mismas– y, por tanto, prefiere opciones más seguras a otras más arriesgados (un precio variable en función del valor verificado de la prestación entraña más riesgo para V que un precio fijo) aunque las segundas le ofrezcan un valor esperado algo más elevado.

Y puede ocurrir que $v^b < c$, de modo que si la prestación termina siendo de valor bajo, no merece la pena ejecutar la prestación, pues su coste es inferior al valor resultante para quien la habría de recibir. En este escenario, el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios, al menos en sus versiones canónicos y simples, no resultarían en el mayor valor o excedente del intercambio contractual para las partes.

2. PARA QUÉ SIRVE LA GARANTÍA DE CONFORMIDAD

A la vista de lo anterior es más sencillo plantearse de manera satisfactoria qué funciones desempeña la garantía de conformidad (de los bienes o de los contenidos y servicios digitales) que incluyen las Directivas 2019/771 y 2019/770 y, antes, la Directiva 1999/44 o su precedente, el CVCIM[10]. La literatura económica sobre el contrato tiende a destacar tres funciones principales en las garantías de conformidad[11]. En lo que sigue, emplearé las

10. A pesar de las diferencias (notables) de enfoque y de régimen que median entre la garantía de conformidad de las Directivas y de las normas españolas que las trasponen y las tradicionales acciones de saneamiento del CC, es indudable su parentesco en cuanto a las funciones básicas que desempeñan en la contratación.

11. SCHWARTZ, A. y SCOTT, R., *Commercial transactions, principles and policies*, Foundation Press, New York, 1991, pp. 105-106; GÓMEZ POMAR, F., «Directiva 1999/44/CE

nociones del TRLGDCU: el término «empresario» se referirá a quien vende los bienes o suministra los contenidos y servicios digitales y el término «consumidor» a quien los contrata para recibirlos, adquirirlos y disfrutarlos. En el bien entendido que, naturalmente, y salvando las diferencias de régimen jurídico aplicable, la descripción de las funciones de la garantía de conformidad encuentra aplicación en otros ámbitos ajenos a los contratos de consumo sobre bienes y contenidos y servicios digitales, como son la compraventa o la prestación de servicios en general.

La primera función se asocia a la asimetría de información entre empresario y consumidor en relación con las características y dimensiones relevantes del objeto del contrato, tal y como se ha explicado de manera más general en el apartado anterior de este capítulo. Típicamente, es difícil cuestionar empíricamente que el empresario tiene más y mejor información acerca del bien, contenido o servicio que ofrece que el consumidor. Este punto de partida tendrá todas las excepciones que se quiera, pero hay pocas dudas de que en la generalidad de los casos suponerlo es lo más ajustado a la realidad. Esta diferencia de información es, además, conocida por ambas partes, lo que con carácter general puede inducir a los consumidores a no confiar, o no plenamente, en las «virtudes» apreciables y perceptibles, de aquello que se pretende obtener. La garantía de conformidad sirve a los empresarias como una señal fiable para que los consumidores puedan confiar de manera creíble y no meramente ingenua o voluntarista en que las características relevantes de lo que contratan se ajustan a lo que desean y satisface sus objetivos al contratar En este sentido, la garantía de conformidad constituye un instrumento (aunque no sea el único imaginable) de gran importancia para señalizar la calidad y características fiables del objeto del contrato en entornos de asimetría de información entre empresario y consumidor.

La segunda función se conecta igualmente a la asimetría de información y, en concreto, con el hecho de que las discrepancias negativas entre lo que el comprador recibe y lo que espera recibir (una menor calidad, presencia de defectos en lo adquirido) pueden depender de acciones de muy variada índole (tecnológicas, productivas, de política de compras, de políticas de control de calidad, de políticas de marketing y publicidad) que adopte el

---

sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: Una perspectiva económica», *InDret*, N.º 4, 2001, p. 4 y ss.; RIHA, M., Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrecht des BGB, Herbert Utz, Munich, 2007, p. 35 y ss.; SCHÄFER, H. B. y OTT, C., *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022, p. 438 y ss.

empresario que ofrece sus productos, digitales o no, y que el consumidor no observa o, cuando menos, solo de manera imperfecta, antes o al momento de celebrar el contrato y, por tanto, con anterioridad al tiempo de quedar vinculado a pagar un determinado precio o a la fijación de otros términos del contrato. El caso más evidente es el del empresario que es a su vez fabricante del bien o desarrollador del contenido o servicio digital, lo que supone que, en gran medida, las características relevantes del objeto del contrato se hallarán bajo el control del propio empresario. Pero incluso cuando el empresario es ajeno a la manufactura del bien o al desarrollo técnico del contenido o servicio digital, puede adoptar conductas de muy diversa naturaleza que reduzcan la inadecuación entre lo que el consumidor espera obtener y lo que de veras recibe. La sujeción del empresario a la garantía de conformidad responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad supone una fuente jurídica de primer orden (no la única, desde luego; existen instrumentos contractuales en el Derecho de la formación del contrato que también cumplen esta función) de incentivo para que el empresario adopte acciones para minimizar la probabilidad, incidencia y magnitud de las deficiencias de calidad y las «sorpresas» negativas para el consumidor.

Finalmente, la garantía de la falta de conformidad desempeña una función de absorción de riesgos por parte del empresario en cuanto a las consecuencias negativas que para el consumidor se pueden derivar de las irregularidades o discrepancias negativas presentes en el objeto del contrato. Para el consumidor, la materialización de una falta de calidad o discrepancia desfavorable entre lo que confiaba recibir y lo que efectivamente le entregan o suministran constituye un suceso incierto e indeseable, un riesgo de afectación por un evento negativo para su bienestar. Mediante la garantía de conformidad al contrato, el empresario queda comprometido, en los términos de ejecución de los remedios por falta de conformidad, a absorber –al menos en parte– tales consecuencias negativas, al menos en parte. Mediante la reparación y la sustitución o la puesta en conformidad, por medio de la reducción de precio en atención a la falta de conformidad, o la resolución del contrato con la consiguiente restitución del precio, o, en su caso, a través de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios al consumidor, el empresario garantiza a aquel que las consecuencias negativas de las imperfecciones o deficiencias del objeto del contrato, al menos si se manifiestan en un cierto tiempo, quedarán superadas a cargo de quien ha vendido o suministrado el bien o los contenidos o servicios digitales. Con ello, el comprador se ve libre del riesgo negativo asociado a la desviación negativa entre lo que se debe recibir y lo recibido efectivamente.

En toda la argumentación anterior he supuesto que la ventaja informativa proyectada sobre el objeto del intercambio favorece a la parte vendedora, suministradora o prestadora. Este supuesto está justificado en la mayoría de los contextos contractuales, pues típicamente quien ofrece bienes o servicios (incluyendo los de carácter digital) a otros disfruta de una posición mejor en lo tocante a la información relevante sobre las variables o elementos que afectan a la calidad y capacidad de satisfacción de necesidades comunes o habituales entre quienes suelen interesarse por tales bienes y servicios.

Este punto de partida tendrá todas las excepciones que se quiera, pero la práctica contractual, las normas legales –desde las más vetustas y tradicionales a las más recientes– e, incluso, la introspección sobre nuestros propios conocimientos al actuar como vendedores, suministradores o prestadores, por contraste con la participación en un contrato como adquirentes o clientes, fácilmente lleva a pensar en el carácter estructural de esta diferencia informativa entre quien ofrece y quien demanda, quien va a prestar y quien va a recibir. En el caso de los intercambios en los mercados de consumo, que es el ámbito específico de la Directiva 2019/770 y de la transposición española –a excepción del Derecho civil catalán– se refuerza todavía más el carácter de bien fundado del supuesto de la ventaja informativa –de la que arrancan los problemas contractuales analizados y las virtudes de mejora de estos que se residencian en la garantía contractual o legal de calidad– de la parte que ofrece los contenidos y servicios. Incluso la vertiente tecnológica que rodea a la puesta a disposición y disfrute de los contenidos y el uso de los servicios añade verosimilitud al supuesto general de asimetría informativa en contra del consumidor que va a adquirir contenidos o servicios digitales.

Con todo, desde un punto de vista teórico, no cabe excluir de manera global y apriorística una posible ventaja informativa de un potencial adquirente frente a un potencial oferente. Por ejemplo, en ámbitos en los que los oferentes carecen con cierta frecuencia de experiencia y conocimientos técnicos sobre los bienes o servicios que se ofrecen y, a su vez, dentro de la población de potenciales interesados los hay que sí cuentan con el bagaje de experiencia y conocimientos, se puede producir el fenómeno inverso de la selección adversa, Cuando el comprador puede tener mejor información sobre las verdaderas propiedades y calidades de aquello sobre lo que se va a contratar, la «buena» calidad desplaza a la «menos buena» en los intercambios, produciéndose una situación de desconfianza en los vendedores, que reduce el tamaño del mercado y expulsa determinados

segmentos que llevarían consigo un aumento de excedente para ambos contratantes[12].

En estos escenarios, en ciertos ámbitos de la práctica contractual se pueden encontrar rastros de esquemas que podrían calificarse de «antigarantías»: el comprador declara que el bien no tiene propiedades o calidades superiores a un cierto nivel o estándar, y caso de comprobarse que hay un exceso, se compromete contractualmente a incrementar el precio o a admitir la resolución del contrato. Por ejemplo, en los contratos de compraventa de empresas, son habituales las cláusulas de *earn-out* (mayor precio que percibirá el vendedor si se cumplen ciertos hitos de valor de la empresa adquirida) o cláusulas de *anti-embarrassment* (que obligan al comprador que revende a mayor precio a compartir la ganancia de la reventa con el vendedor inicial). También, a fin de proteger al vendedor menos informado del riesgo de intercambiar un bien o servicio por un importe inferior al que podría obtener, el vendedor puede acudir a encargar una valoración a una entidad experta en la materia, equilibrándose con auxilio de asesores externos la inicial asimetría contraria al vendedor, o puede optar por emplear un mecanismo de subasta o proceso competitivo, pues las subastas sirven para maximizar el retorno para el vendedor u oferente cuando este no puede observar las valoraciones del bien o activo a la venta que tienen aquellos interesados en la adquisición.

Con todo, estos posibles remedios para la selección adversa inversa no parecen encerrar una notable expectativa de eficacia en el sector de los contenidos y servicios digitales, aún menos cuando se trata de contratos de consumo sobre ellos. A la vista de estas últimas consideraciones, el análisis que se realiza en este capítulo presupone que el problema contractual presente en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales es el de la asimetría informativa en favor del oferente o suministrador (el empresario o profesional), como, por otra parte, implícitamente parece presumirse tanto en la Directiva 2019/770 como en el TRLGDCU, pues la expresión de la finalidad protectora de las nuevas normas se refiere en todo momento al consumidor, sin atisbo de duda o de posible cualificación de esta necesidad.

12. Este fenómeno se ha estudiado en algunos trabajos recientes y se ha denominado esta situación como «inverse adverse selection» o, parafraseando y dándole un sentido opuesto a la terminología de AKERLOF, que habló del «market for lemons» o mercado de cacharros, como «market for gems»: DARI-MATTIACCI, G., ONDERSTAL, S. y PARISI, F., «Asymmetric Solutions to Asymmetric Information Problems», *International Review of Law and Economics*, Vol. 66, 2021, pp. 1-11, y DARI-MATTIACCI, G., ONDERSTAL, S., PARISI, F., «Non-Disclosure Rules as Penalty Defaults», 2021, en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3903396 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3903396.

En definitiva, el régimen jurídico de la conformidad en los contratos de consumo y, por tanto, en los contratos de consumo que versan sobre contenidos y servicios digitales debe interpretarse a la luz de estas funciones esenciales de la garantía de conformidad que se han expuesto con anterioridad[13]. El entendimiento de la problemática contractual que está en condiciones de contribuir a solventar –señalización eficiente de calidad, incentivo a la satisfacción de la calidad que los consumidores desean, asignación eficiente del riesgo de las consecuencias negativas de la falta de conformidad– proporcionan unos criterios más precisos, operativos y bien fundados económicamente que los objetivos genéricos que típicamente mencionan las Directivas europeas o el legislador nacional de transposición: en las palabras del Preámbulo del RD-L 7/2021, «[.] *partiendo de la base de un alto nivel de protección de las personas consumidoras, comparten* [las Directivas objeto de la transposición] como *objetivo armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales, en aras de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular, para las pequeñas y medianas empresas*».

En realidad, solo si se tienen en cuenta las funciones de la garantía de conformidad en la economía contractual puede llegarse a un entendimiento cabal del régimen jurídico en la materia y sus consecuencias, y será posible enjuiciar críticamente la bondad o no de las alternativas, interpretaciones y soluciones que se puedan adoptar.

III. CUESTIONES GENERALES DE LA NOCIÓN DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS SOBRE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

1. LA CONFORMIDAD EN EL PANORAMA COMPARADO

Al tratar las garantías en los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos y servicios digitales, el TRLGDCU, tras la adaptación de las Directivas 2019/770 y 2019/771, no establece expresamente en los artículos 114 y ss. un específico deber contractual del empresario de entregar o suministrar bienes y contenidos o servicios digitales que sean conformes con el contrato, como hacía, en la redacción previa a esta última transposición, el art. 114 TRLGDCU: «*El vendedor está obligado a entregar al*

13. En el mismo sentido, METZGER, A., «Vor §327 BGB», ob. cit., Rn. 28 y ss.

consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto».

La anterior redacción del TRLGDCU, como es notorio, procedía de la regla contenida en el art. 2.1 Directiva 99/44, la norma europea que era objeto de transposición. Este precepto, a su vez, se inspira en el art. 35 CVCIM. El DCFR (IV.A.–2:101: (d) y el CESL (art. 91. [d]) contienen también formulaciones expresas en términos de deber de garantizar que los bienes –y en CESL, también los contenidos digitales– son conformes al contrato de compraventa o de suministro. Estas fórmulas han dado lugar, por su parte, al art. 621-9.1 CCCat, que es heredero directo de los textos del *soft law* contractual europeo.

Las nuevas Directivas de 2019 objeto de transposición han sustituido la directa y explícita formulación del deber de entrega o suministro de conformidad con el contrato por otra menos explícita, pues la obligación de entrega de bienes (art. 5 Directiva 2019/770) y de suministro de contenidos o servicios digitales (art. 6 Directiva 2019/770) ya no se sujetan expresamente a la conformidad, sino a los requisitos establecidos en los preceptos correspondientes de ambas Directivas para configurar la noción de conformidad. Así pues, el deber del vendedor y del empresario de entregar o suministrar bienes o contenidos y servicios digitales que se ajusten al patrón de conformidad, aunque se expresan de manera menos directa, se conservan en las nuevas Directivas de 2019. También en el TRLGDCU, aunque con redacción aún más indirecta que en aquellas, como revela la simple lectura del art. 115 TRLGDCU. En el CCCat, el deber general de todo vendedor de garantizar la conformidad mencionado antes se ha mantenido tras la transposición catalana de las Directivas de 2019, y el nuevo art. 621-71 establece la sujeción a la conformidad de los contenidos y servicios digitales. El BGB, tras la implementación de las Directivas de 2019, también mantiene explícitamente el deber del vendedor y empresario de entregar o suministrar bienes y productos digitales conformes (o, literalmente, sin faltas de conformidad): §327d para los contratos sobre productos digitales y §433(1) para los contratos de compraventa.

Así pues, en Derecho español, aun cuando la expresión legal no tenga carácter directa e inmediatamente deóntico, en la contratación de consumo los vendedores de bienes y los empresarios que suministran contenidos y servicios digitales se obligan a la conformidad de aquello que ponen en poder de los consumidores y se sujetan a un régimen legal sobre la conformidad que configura un aspecto muy relevante en esta contratación. Esto es así, claro es, con un alcance necesariamente menor que en otros sistemas contractua-

les (los del CCCat o del BGB), en los que, para la contratación en general el régimen de la conformidad funge de instrumento conceptual y práctico para canalizar la infracción contractual del prestador característico –el vendedor y también el suministrador de contenidos y servicios digitales– susceptible de ser calificado como cumplimiento defectuoso o irregular por razón del objeto.

En el panorama presente del derecho de contratos este papel de la conformidad del objeto del contrato no constituye ninguna sorpresa y se ha ido extendiendo cuantitativa y cualitativamente desde la compraventa internacional de mercaderías, pasando por la Directiva 99/44, hasta la regulación general y nuclear de los contratos transmisivos en distintos sistemas jurídicos. Este proceso ha supuesto la construcción de una noción unitaria –la conformidad– que pretende organizar y concentrar el conjunto de la reglamentación del cumplimiento irregular o inexacto de quien pone bienes o contenidos o servicios digitales en el mercado, conectando a su vez con los distintos remedios abiertos a la parte contractual insatisfecha. Con ello, la conformidad ha permitido superar las incoherencias e incertidumbres que abundaban en lo que era la aproximación prevalente en los sistemas legales de tradición codificada, fundada sobre la disgregación del régimen del cumplimiento defectuoso del vendedor entre, de un lado, el incumplimiento contractual con sus medios de reacción y, de otro, la garantía por los vicios o defectos ocultos (*garanzia per i vizi occulti della cosa venduta*, *garantie à raison des défauts cachés*, *Gewährleistung für Sachmängel*)[14].

Este movimiento, con todo, no ha culminado (aún, al menos) en el derecho español de contratos. La duplicidad que mantiene alejados el régimen de los contratos de consumo (en el TRLGDCU) y el régimen general de los contratos (en el CC) mantiene entre nosotros la fragmentación del régimen legal del incumplimiento irregular por razón del objeto[15]. Desde luego, no

14. MARTENS, S., «Art. 18:203 (1): Conformity with the Contract (General)» en JANSEN, N. y ZIMMERMANN, R. (Eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 1995.

15. Por descontado, desde hace años en Derecho español hay intentos de ofrecer reconstrucciones doctrinales proclives a una aproximación, compatible con el material normativo, sustancialmente unitaria del incumplimiento, también del defectuoso o irregular: GÓMEZ POMAR, «Directiva 1999/44/CE…», ob. cit., p. 16; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», *InDret*, N.º 3, 2007, p. 6 y ss. Es innegable que se halla extendida en la mejor doctrina española la idea de que el CVCIM y su progenie suponen una ruptura con la perspectiva fragmentaria del cumplimiento irregular que caracterizaba tradicionalmente a los sistemas de tradición codificada: MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 35», en DÍEZ-PICAZO, L. (Ed.), *La compra-*

somos una excepción entre los ordenamientos más próximos, pues Bélgica (salvo que su actual proceso de reforma del *Code civil* en lo que toca a las obligaciones y contratos termine en otro escenario distinto), Francia, Italia y Portugal han seguido la misma estrategia: preservar la separación entre un régimen contractual general en el que conviven, como es tradicional, el incumplimiento y los vicios ocultos como supuestos diferenciados y un régimen para consumidores firmemente anclado en la falta de conformidad como concepto nuclear y organizador.

Si limitamos nuestro campo de interés a los contratos sobre contenidos y servicios digitales la discrepancia se mantiene en la comparativa europea. En realidad, en este ámbito se podría incluso concluir que la transposición de la Directiva 2019/770 ha contribuido a debilitar los avances hacia la aproximación de los regímenes contractuales general y de consumo en lo que toca a lo digital. Así, en el caso alemán, las disposiciones del BGB sobre productos digitales (noción que engloba tanto los contenidos como los servicios digitales) contenidas en los §§327 y ss. BGB encuentran aplicación únicamente en los contratos entre empresas y consumidores[16]. E incluso en lo que se refiere a las normas sobre compraventa de bienes con elementos digitales, el legislador alemán, al trasponer las Directivas 2019/770 y 2019/771 ha reducido (respecto de lo que era la situación legal alemana tras la implementación de la Directiva 1999/44) la asimilación del régimen contractual general y de consumo, al introducir (§475b y §475c) sendos preceptos sobre

---

venta internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena, Civitas, Madrid, 1998, pp. 289 y ss.; MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006, p. 98 y ss.; BADOSA COLL, F., «El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor los plazos del art. 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en JUND, S., HEUSEL, W., PAISANT, G. (Coords.) y LETE ACHIRICA (Ed.), *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2004, pp. 128-130. Con todo, la conciencia y relevancia de la fragmentación muestran una notable persistencia (VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad: ¿supraconcepto del derecho de obligaciones?», *ADC*, T. LXIV, Fasc. I, 2011, pp. 5 y ss.; DE VERDA y BEAMONTE, J. R., «La noción de "vicio" del artículo 1484 del Código Civil», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. [Coord.], *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 2, Cívitas, Madrid, 2002, pp. 3260 y ss.; TUR FAÚNDEZ, M. N., «Vicios ocultos y "aliud pro alio"», en CARRASCO PERERA, Á. [Dir.], *Tratado de la compraventa: Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 1409 y ss.).

16. METZGER, A., «§327 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C H Beck, Munich, 2022, Rn. 1 y ss.

la falta de conformidad de bienes con elementos digitales cuya aplicación se circunscribe a la venta de consumo[17]. En definitiva, parece que la respuesta legislativa ante las especificidades de los contratos sobre contenidos y servicios digitales se revela más tímida en cuanto a la ambición unificadora de regímenes jurídicos que la que dominaba el ámbito de la compraventa de bienes. Las razones de esta actitud renuente no son del todo discernibles, más allá de lo prudente –o timorato, si se quiere caracterizar con más crudeza– que convenga que sea el legislador al abordar la aproximación jurídica a fenómenos emergentes. En todo caso, esta opción, sea cual sea su explicación o fundamento, tiene trascendencia efectiva para el régimen jurídico resultante, como se podrá comprobar en los apartados que siguen.

2. ÁMBITO GENERAL Y DIMENSIONES DE LA CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS SOBRE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

De manera semejante a lo que sucede en materia de contratos sobre bienes de consumo[18], la noción de conformidad con el contrato cuando este se refiere a contenidos o servicios digitales es de naturaleza amplia, abierta y expansiva. Esto no constituye una sorpresa. De un lado, porque la noción de conformidad en el TRLGDCU procede, ostensiblemente, de las Directivas 2019/770 y 2019/771 que, si bien son dos instrumentos legales distintos –aunque estrechamente conectados– tienen como raíz e inspiración común el CESL[19], que establecía un régimen de conformidad sustancialmente unitario para la compraventa de bienes, los contratos de suministro de contenidos digitales y los contratos de servicios auxiliares. De otro, el propio legislador español de la reforma del TRLGDCU de 2021 ha optado –conscientemente– por reunificar las reglas (artículos 115 a 115 *quater*) sobre conformidad para los bienes y para los contenidos y servicios digitales en una serie de preceptos que tratan a ambas categorías de manera casi enteramente unitaria en las dimensiones comunes relevantes.

En Derecho europeo de contratos se ha afirmado que la conformidad es ya hoy una categoría contractual general y no singulariza ciertas modalida-

17. METZGER, A., «§475 a BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C H Beck, Munich, 2022, Rn. 1 y ss.

18. También, aunque el parentesco es algo más lejano, como sucede en materia de contratos internacionales sobre mercaderías sujetos al CVCIM.

19. STAUDENMAYER, D., «Conformity of the digital content or digital service», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 110.

des contractuales[20]. En Derecho español, a pesar de lo señalado más arriba, tal vez sea algo prematuro abrazar sin matices una posición tan contundente[21]. En todo caso, aunque en Derecho español todavía estamos lejos de contar con un tratamiento homogéneo del entero campo del cumplimiento irregular del contrato por razón del objeto, es indudable que la reforma del 2021 del TRLGDCU supone un avance en esta línea y singularmente por lo que se refiere a los contenidos y servicios digitales (y a los bienes con elementos digitales).

En línea con el propósito y el régimen de la Directiva 2019/770 (también de la 2019/771) es de destacar la amplitud de la falta de conformidad con el contrato por lo que se refiere a la naturaleza y dimensiones de la diferencia o desajuste entre lo exigido por el contrato que da lugar al suministro de contenidos y servicios digitales y aquello que efectivamente resulta suministrado. Como ya se ha advertido en el contexto de los bienes[22], la noción de conformidad recibida en el Derecho español (en el TRLGDCU, pero también, incluso de manera más marcada, en el CCCat, dado su más amplio espectro de aplicación por razón de la tipología del objeto) por la vía de las Directivas y del *soft law* europeo permite superar muchas de las categorías y distinciones heredadas en materia de imperfecciones o desajustes en el objeto del contrato. También permite, en gran medida, enterrar los argumentos que se habían elaborado para perfilar aquellas y alcanzar consecuencias jurídicas diferenciadas.

En materia de contratos sobre contenidos y servicios digitales, hay falta de conformidad en los casos de suministro de un *peius* (el terreno tradicional de los vicios o defectos ocultos en la cosa vendida), pero también en los de *aliud*, *minus* y *maius*[23]. Así resulta de la ausencia de cualquier mención en

---

20. MARTENS, S., ob. cit., p. 1995; GRUNDMANN, S., «Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht un EU-Kaufrechts-Richtline so ähnlich?», 202 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2002, p. 40.

21. Véase, MUÑOZ RODRIGO, G., «Del deber de conformidad a un concepto unitario de incumplimiento contractual», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Dir.), *Estudios de Derecho privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 831 y ss.

22. GÓMEZ POMAR, F., «Comentari al art. 621-20 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J. (Dir.), FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 228-229.

23. STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 124-125. Entre nosotros, sin embargo, manifiesta dudas en cuanto a las divergencias cuantitativas ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elemen-

los textos legales (europeos y españoles) que permita fundar una restricción operativa en alguna de esas dimensiones de la discrepancia entre lo esperado y debido y lo suministrado. No es discernible ni para los casos de discrepancia basada en la naturaleza de esta (por ejemplo, extraneidad de lo suministrado al tipo al que pertenecen los contenidos o servicios), ni para los de déficits cuantitativos (menor cantidad de contenidos o servicios) ni para los excesos (más contenidos o servicios, o mayor extensión de estos). En los últimos dos casos, la cantidad es mencionada expresamente por el art. 115 bis a) TRLGDCU (art. 7 a) Directiva 2019/770) y por el art. 115ter1 d) TRLGDCU (art. 8.1 b) Directiva 2019/770) por lo que no se observan razones textuales para apreciar que los déficits o los excesos cuantitativos hayan de quedar fuera de la noción de conformidad y del régimen de su falta.

Alguna duda se podría plantear en relación con la inclusión de los «excesos» en la noción de conformidad, pues caso de entenderse que la conformidad con el contrato constituye un umbral mínimo en el deber de prestación de quien ha de suministrar el contenido o servicio, pero no una determinación exacta en cuanto a la delimitación de lo debido podría pensarse que no cabe hablar de falta de conformidad cuando tal umbral se supera. De hecho, esta aproximación podría estar doblemente justificada en el ámbito de los contenidos y servicios digitales, por la propia naturaleza de estos[24], ya que, a diferencia de lo que sucede con los bienes, que son tangibles, cabría legítimamente suscitar si realmente el *maius* en el suministro puede verdaderamente dar lugar a un problema contractual de falta de conformidad. Aunque el exceso de unidades o de medida con frecuencia no tendrá impacto alguno sobre quien recibe el contenido o servicio digital (piénsese en quien contrata una plataforma de contenidos y recibe más programas, series o material del esperado y contratado), pues no requiere de almacenamiento o conservación y basta con no descargarlo o usarlo si no se desea, lo cierto es que no siempre será así. También en el ámbito digital hay costes de oportunidad. El espacio de almacenaje digital, la capacidad de funcionamiento y gestión de los equipos y el filtrado y selección (entre otros) son limitados y costosos

---

tos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S., *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2020, p. 86 y ss.

24. Que es intangible, esto es, no tiene medida o extensión en el espacio, pues contenido digital es definido legalmente (art. 59 bis. 1 c) TRLGDCU) como conjunto de datos en formato digital y servicio digital (art. 59 bis. 1 o) TRLGDCU) como aquel que permite al receptor realizar tareas de distinto signo –desde crear hasta compartir, pasando por almacenar– contenidos digitales.

y por tanto el exceso –de datos, de uso de memoria, de definición– pueden suponer un impacto negativo sobre el adquirente de los contenidos o servicios digitales. El mejor juez de esto es el propio adquirente, naturalmente de acuerdo con los criterios de razonabilidad que, como señala el considerando (46) de la Directiva 2019/770, deben determinarse *objetivamente* teniendo en cuenta la naturaleza o finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos de las partes implicadas.

Naturalmente, la conclusión anterior es compatible con la atención a situaciones especiales y a la necesidad de reprimir potenciales conductas contrarias a la buena fe procedentes del comprador. Con frecuencia, los casos de «exceso» cuando no obedecen a un error de quien suministra, sus auxiliares o proveedores, responden a una suerte de acuerdo novatorio (expreso o tácito) al momento de la entrega, por el cual las partes consienten en ir más allá de lo pactado en cantidad o calidad («*Le suministro esta versión superior a la contratada, pues ya hemos reemplazado la que Ud. quería*»). En estos casos, será necesario acudir para rechazar la existencia de falta de conformidad, a un entendimiento amplio de lo pactado como definitorio de la falta de conformidad, comprendiendo las eventuales novaciones, generalmente no formalizadas en un documento contractual, que se alcanzan durante el proceso de entrega de la cosa. Esto, sin embargo, a la vista del art. 115 ter 5 TRLGDCU (que procede de los arts. 8.5 de la Directiva 2019/770 y 7.5 de la Directiva 2019/771, va a resultar más difícil en los casos en los que la discrepancia por exceso sea reconducible a los requisitos o elementos objetivos de la conformidad del art. 115 ter 1 y 2 TRLGDCU.

En los casos de «exceso» de lo suministrado respecto de lo debido, además de la aplicación del régimen de falta de conformidad se suscita también la consideración bajo el prisma del art. 66 *quáter* TRLGDCU (que procede del art. 27 de la Directiva 2011/83; este precepto, a su vez, extiende a todos los contratos entre empresas y consumidores la regla prohibitiva de envíos no solicitados del art. 9 de la Directiva 97/7, que era aplicable tan solo a los contratos a distancia). Cuando el exceso de contenidos o servicios respecto de los acordados en el contrato no sea fruto del error del empresario, sus dependientes, auxiliares o mandatarios, aunque la cuestión no parece haberse contemplado explícitamente entre nosotros, no parece fácil encontrar factores de peso que permitan eludir la aplicación en este caso del art. 66 *quáter* TRLGDCU, el cual se entiende que cubre el caso de suministro de bienes complementarios o accesorios no solicitados por el consumidor. Parece que no hay razones para hurtar al exceso de contenidos o servicios digitales (de manera semejante a lo que sucede con las unidades adicionales

de un bien solicitado por el consumidor) a las reglas protectoras del art. 66 quater TRLGDCU[25].

Hay otros aspectos generales relevantes en lo que concierne al ámbito general de la conformidad de los contenidos y servicios digitales suministrados. Uno de ellos se refiere al alcance o perímetro de la discrepancia entre lo suministrado y el contrato. ¿Se ha de restringir la discrepancia a efectos de su consideración bajo la perspectiva de la conformidad a aquello que concierna al contenido o servicio en sí o ha de ampliarse a la consideración de la relación entre lo suministrado y su entorno u otros bienes o contenidos o servicios distintos?

Hay indicios que apuntan claramente hacia la comprensión amplia del perímetro de la diferencia entre lo debido y lo suministrado. De un lado, el propio texto legal expresamente refiere algunas dimensiones de la conformidad a la relación entre los contenidos y servicios y su entorno. Así, los art. 115 bis a) y 115 ter d) TRLGDCU incluyen la compatibilidad (según el art. 59 bis. 1 c) TRLGDCU, la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos o programas con los cuales los contenidos o servicios del mismo tipo se utilizan normalmente sin necesidad de conversión) y el art. 115 bis a) TRLGDCU incluye la interoperabilidad (según el art. 59 bis. 1 ñ) TRLGDCU esa misma capacidad de los contenidos o servicios digitales pero con aparatos o programas distintos de aquellos con lo que se utilizan los de su tipo) entre los criterios de conformidad a la que han de ajustarse los contenidos y servicios digitales suministrados.

De otro, por su propia naturaleza, los contenidos y servicios digitales precisan de un entorno (59 bis. 1 j) TRLGDCU) para que se acceda a ellos y puedan utilizarse. No permiten un uso directo y separado por el consumidor, sino que requieren de equipos y programas que «median» su acceso y uso y sin los cuales quien los recibe no deriva utilidad alguna.

Sin duda, en relación con los contenidos y servicios digitales (y también probablemente con los bienes con componentes digitales) la relación con

25. LÓPEZ MAZA, S., «Capítulo I. Disposiciones generales. Art. 66 quáter. Prohibición de envíos y suministros no solicitados», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007*, 2.ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 945. En apariencia con carácter discrepante, en relación con el precepto del TRLGDCU anterior al vigente art. 66 quáter –el entonces art. 100–, ARROYO AMAYUELAS, E., «Art. 100», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 995.

el entorno digital pertenece indudablemente al ámbito de la conformidad. Pero no hay razones para limitar su alcance solo al entorno digital tal y como se configura legalmente. Una aproximación funcional y atenta a los propósitos negociales de los contratantes que suministran y adquieren contenidos y servicios digitales aboga sin duda por una consideración amplia y sin restricciones *a priori*. Así, parece que la relación con el entorno que queda englobaba en el ámbito de interés de la conformidad no se circunscribe al entorno digital tal y como se define legalmente, sino que comprende otros elementos o componentes relevantes del escenario de relación que afecte a los contenidos y servicios digitales (de comunicación con otros usuarios, por ejemplo). Parece más difícil, con todo, expandir esta noción de relación con el entorno bajo el concepto de conformidad a esferas de relación que no sean de carácter digital. En este sentido, y en relación con la conformidad de los bienes, para los contenidos y servicios digitales, el entorno es a la vez ámbito ineludible de la conformidad –no siempre es así con los bienes– pero más restringido –en los bienes la relación puede ser tanto digital como real–.

Hay un aspecto que, con cierto abuso semántico, podríamos llamar de «relación con el entorno» de los contenidos y servicios digitales objeto de suministro. Me refiero a otros *datos* (digitales o no) del consumidor o generados por el consumidor *distintos* de aquellos que constituyen los contenidos suministrados o a los que se refiere alguno de los servicios digitales (creación, tratamiento, almacenamiento, alojamiento, intercambio, etc.) prestados.

La Directiva 2019/770 contiene indicaciones muy relevantes para afirmar con contundencia que la conformidad se extiende a la relación de los contenidos y servicios con otros datos de la esfera del consumidor[26]. Así, el Considerando (48) expresamente menciona los aspectos conectados con el cumplimiento de las obligaciones del RGPD en relación con los datos personales y su trascendencia a efectos de la conformidad con el contrato, tanto desde la órbita de los criterios subjetivos (reconducibles mediata o inmediatamente al acuerdo entre las partes del contrato sobre los contenidos o servicios) como de los objetivos (no fundados mediata o inmediatamente

26. En el mismo sentido, SEIN, K. y SPINDLER, G., «The New Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications –Part 2», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, p. 371. Sobre la interacción entre el RGPD y la Directiva 2019/770, véase CLIFFORD, D., GRAEF, I. y VALCKE, P., «Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections», *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 5, 2019, pp. 710 y ss.

en el acuerdo)[27]. En cuanto a los datos que no sean personales a los efectos del RGPD (art. 4.1)[28], el art. 119 ter.5 c), d) y e) TRLGDCU, así como el art. 16.3 y 4 Directiva 2019/770 se ocupan de los datos o contenidos distintos de los datos personales que se hubiesen generado al utilizar los contenidos o servicios digitales en caso de resolución del contrato (esencialmente por falta de conformidad). No es seguro en este ámbito si los criterios que la Directiva y el TRLGDCU ofrecen para permitir que el empresario pueda utilizar tales datos tras la resolución y para denegar al consumidor que esos datos se pongan a su disposición son también aplicables al enjuiciamiento de la conformidad de los propios contenidos o servicios en lo que afectan a las posibilidades de acceso y utilización de aquellos datos no personales[29].

Efectivamente, la relevancia de los datos generados a partir de la propia utilización de los contenidos o servicios digitales es innegable. El recientemente aprobado Reglamento de Datos[30] o *Data Act*, establece en su art. 4[31], en relación con los datos generados por el uso de productos conectados y servicios anejos, que «*Cuando el usuario no pueda acceder directamente a los datos desde el producto conectado, o del servicio relacionado, los titulares de datos facilitarán al usuario el acceso sin demora indebida a los datos fácilmente disponibles, y los correspondientes metadatos necesarios para interpretar y utilizar dichos*

27. El Considerando (48) recuerda explícitamente cómo la infracción del RGPD puede suponer que los contenidos o servicios digitales no son aptos a los fines para que se utilizan contenidos y servicios del mismo tipo (art. 8.1 a) Directiva 2019/770), pero no menciona la seguridad que el consumidor puede razonablemente esperar, que figura entre las dimensiones del criterio de la expectativa legítima del consumidor en el art. 8.1 b) Directiva 2019/770. Como se ha señalado doctrinalmente, en relación con el suministro de contenidos y servicios digitales, la dimensión de seguridad típicamente se refiere a la protección frente a brechas o quiebras de la protección de los datos, no solo personales, del consumidor de los contenidos o servicios: METZGER, A., «§327 e BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C H Beck, Munich, 2022, Rn. 38.

28. Por ejemplo, porque no permitan la identificación directa o indirecta de la identidad personal.

29. Véase sobre esto, GEIREGAT, S., «Copyright Meets Consumer Data Portability Rights: The Inevitable Friction between IP and the Remedies in the Digital Content Directive», *GRUR International*, Vol. 71, Issue 6, 2022, pp. 495 y ss.

30. Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos).

31. Véase, DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., «La puesta a disposición del usuario de los datos generados o incorporados al producto conectado. Comentario al "Reglamento de acceso justo a los datos y su utilización"», *Boletín de Novedades CESCO*, 2024, p. 9-10.

datos, con la misma calidad disponible para el titular de datos, con facilidad, con seguridad, gratuitamente y en un formato completo, estructurado, de utilización habitual y de lectura mecánica y, cuando proceda y sea técnicamente viable, de forma continua y en tiempo real». Tal y como resulta de las definiciones de «producto conectado» y «servicio relacionado» el Reglamento está pensando principalmente en el Internet de las cosas (IoT) y por tanto que su aplicación se conectará más con los contratos sobre bienes con elementos digitales (el ejemplo paradigmático es el de un vehículo autónomo y los datos sobre su conducción). Sin embargo, dado que un contrato sobre servicios y contenidos digitales puede comportar el alquiler o el uso gratuito (no la adquisición por compra) de ciertos equipos que supongan la generación de datos y que no por ello dará lugar a que el contrato sobre los servicios y contenidos quede fuera del ámbito de aplicación de las reglas propias de los contratos sobre tales contenidos y servicios, cabe también que se suscite bajo el prisma de la conformidad lo concerniente a la relación entre los contenidos y servicios y los datos de uso generados. En cuanto a la aplicación de las previsiones del art. 119 ter.5 c), d) y e) TRLGDCU (y del art. 16.3 y 4 Directiva 2019/770) al uso de tales datos «en el seno del contrato) sobre contenidos y servicios digitales, parece que la coherencia entre una y otra esfera (la de la conformidad con el contrato y la de las consecuencias de la resolución por falta de contrato) abonarían tal aplicación».

Además de los aspectos ya mencionados en esta subsección (el «exceso» como falta de conformidad, la relación con el entorno como espacio de interés para el análisis de conformidad), es también ilustrativo el contraste de los contratos sobre contenidos y servicios digitales con los contratos sobre bienes resulta también ilustrativa para otras posibles dimensiones o ámbitos de relevancia de la conformidad. Me refiero a una que es «intangible» o inmaterial cual es la del origen de lo suministrado. De nuevo, *a priori* no creo que existan factores atendibles para dejar fuera cuestiones relativas al origen (personal o empresarial) de los contenidos o servicios digitales del campo de aplicación de la conformidad. Esto es claro en relación con los bienes tangibles, en los que lo relativo a su procedencia u origen puede tener relevancia para el interés del comprador y así se reconoce en cuanto a su proyección en sede de régimen de conformidad[32].

Típicamente, los contenidos y servicios digitales, por sus propias características –naturaleza digital, infinita reproducibilidad, plena fun-

32. GÓMEZ POMAR, F., «Comentari al art. 621-20 CCCat», ob. cit., 237-238.; GRUNEWALD, B., en WESTERMANN, H.–P. (ed.) *Erman BGB*, 11.ª ed., Otto Schmidt, Köln, 2004, p. 1577.

gibilidad– no suscitan cuestiones relevantes en el interés del adquirente en relación con el origen de los contenidos o servicios, más allá, naturalmente, de que ese origen pueda afectar a la funcionalidad o prestaciones de los mismos, o tenga incidencia sobre los derechos de propiedad intelectual que pueden interferir o limitar la utilización de los mismos (art. 117. 2 TRLGDCU). Pero la singularidad o propiedades especiales que se asocia a un cierto origen (geográfico o personal) está, casi por definición, ausente en lo digital.

Con una excepción notable, sin embargo. Los NFT o «*Non-Fungible Tokens*»[33], que son objetos digitales –únicos– relativos a otros activos –reales o digitales– que se comercian en entornos de tecnologías *Blockchain* o de registro distribuido[34]. La posesión de un NFT es una forma de comunicar que se posee el «primer archivo» o el archivo original. En este sentido, no es lo mismo que el origen del NFT sea rastreable al creador original de una imagen o a otra persona distinta, o que exista –o no– el compromiso de mantener por debajo de un cierto número la cifra de NFT sobre el mismo objeto. Los NFT[35] son contenidos digitales (tal y como resulta palmariamente de la amplia definición del art. 2.1) Directiva 2019/770 y del art. 59 bis 1. d) TRLGDCU), de manera que en principio los contratos que canalizan su suministro están sujetos a las reglas de conformidad propias de los contratos sobre contenidos y servicios digitales.

---

33. Sobre los NFT en Derecho español, LLORENTE SAN SEGUNDO, M. I., «Non Fungible Token: La réplica en el mundo digital de la originalidad, la autenticidad y la exclusividad de los objetos físicos», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 955 y ss.

34. El término tecnología de registro distribuido es el que consagra el Reglamento 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. o 1093/2010 y (UE) n. o 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, conocido como Reglamento MiCA.

35. El Reglamento MiCA no cubre en su regulación de los mercados de criptoactivos a los NFT (veánse, PALÁ LAGUNA, R. y CANALEJAS MERÍN, J. A., «A qué criptoactivos no se aplica el Reglamento MiCA», *Gómez Acebo & Pombo*, 2023, con lo cual su inclusión bajo la Directiva 2019/770 no plantea problemas de compatibilidad. Más problemáticos son los criptoactivos que suponen una representación digital de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, pero no son una representación de valor [ambos criptoactivos están comprendidos en la definición del art. 3.1.5] del Reglamento MiCA), mientras que el Considerando 23 de la Directiva 2019 tan solo declara excluir del ámbito de esta Directiva las representaciones digitales de valor, en cuanto que su finalidad es servir como medio de pago.

Otra posible dimensión de la conformidad que adquiere perfiles diferenciados en los contenidos y servicios digitales es la de la edad o antigüedad de lo suministrado. En relación con muchas categorías de bienes, incluso de aquellos con elementos digitales, es indudable que la edad es un importante dato objetivo sobre el que fundar previsiones o expectativas en cuanto a la durabilidad, prestaciones y fiabilidad del bien que se recibe: generalmente, a mayor antigüedad de un bien, es esperable que sus prestaciones futuras sean menos duraderas, intensas o fiables por contraste con uno más reciente[36]. Parece claro entonces que las discrepancias entre lo debido y lo que se entrega atinentes a la edad del bien son aptas a constituir por sí mismas falta de conformidad, aun cuando la diferencia de prestaciones no se haya materializado (o acaso nunca lo haga).

Lo cierto es que esta dimensión, en sí misma, carece en general de relevancia para los contenidos y servicios digitales. Un contenido digital en un cierto formato, no importa que tenga 1 año o 5, pues el paso del tiempo y el uso no perjudican a sus propiedades o a su uso. En cuanto a un servicio digital, su conexión con un intervalo temporal es intrínseca y necesaria –el servicio siempre se presta en un lapso de tiempo, más breve o más largo, lo determinemos de una forma u otra: indefinido, temporal, etc. Lo que sí adquiere importancia en relación con los contenidos o servicios digitales es la dimensión tecnológica que puede estar conectada con vicisitudes temporales: no es lo mismo una versión u otra de un programa, pues la más nueva previsiblemente tendrá mejores (o cuando menos, otras) funcionalidades o prestaciones, y un servicio puede presentar resultados diferentes en función de la versión o formato –con frecuencia, sucesivos en el tiempo– de los datos o, incluso, de los equipos. En este sentido adquiere especial relevancia[37] la regla del art. 115 ter.6 TRLGDCU (que procede del art. 8.6 Directiva

36. Esto se ve confirmado, entre otros, por los pronunciamientos jurisprudenciales en relación con vehículos de segunda mano, en las que los tribunales anclan en los años y kilómetros recorridos las expectativas razonables del adquirente en cuanto al estado y prestaciones del mismo. Como ejemplos de esta relevancia, SAP Barcelona 2.4.2015 (JUR 2015, 164643); SAP Las Palmas 19.7.2018 (AC 2018, 1713); SAP Santa Cruz de Tenerife 12.7.2006 (AC 2006, 2379).

37. Es interesante constatar que esta regla se excepciona (en el TRLGDCU y en la Directiva 2019/770) mediante un simple acuerdo discrepante entre las partes, y no se sujeta a los requisitos más exigentes (información específica acerca del apartamiento de un requisito o inobservancia de un criterio de conformidad de los de carácter objetivo; aceptación expresa y separada de tal divergencia por el consumidor) de los art. 115 ter. 5 TRLGDCU y 8.5 Directiva 2019/770. Es interesante observar que la regla de la última versión se circunscribe a los contratos sobre contenidos y servicios digitales y

2019/770) relativa al suministro de los contenidos y servicios digitales en la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato. Es el carácter último de la versión en que se suministran o se realizan los contenidos y servicios la dimensión de «origen temporal» relevante a los efectos de conformidad.

Con todo, parece que en aquellos casos en los que el suministro del contenido o servicio digital se materializa en la entrega de un soporte material que lo contiene digitalmente (un DVD de una serie televisiva), que se engloban en el ámbito de los contratos sobre contenidos y servicios digitales (art. 114.1 TRLGDCU a la luz del art. 3.3 Directiva 2019/770[38]), son susceptibles de plantear problemas de conformidad relativos a la edad del soporte tangible: no es indiferente para un consumidor medio un DVD, aun nuevo, de 1990 que uno de 2023.

Entre las cuestiones generales que la aplicación de la noción de conformidad a los contenidos y servicios digitales suscita igualmente es la de la materialización de la falta de conformidad. ¿La falta de conformidad en los contenidos y servicios digitales, exige que se haya producido ya la infracción de alguno de los criterios de conformidad previstos en el régimen legal, o el riesgo o sospecha de su concurrencia suponen ya de por si –en ciertos escenarios, al menos– falta de conformidad? En otras palabras, si la sospecha de una discrepancia entre lo debido y lo suministrado, aunque cuando no esté comprobada o no se haya materializado aún, puede constituir, en este mero grado de sospecha, una falta de conformidad por sí misma.

La cuestión se ha suscitado también con carácter general en el contexto de la conformidad en los contratos sobre bienes. La literatura que se ha ocu-

---

no se extiende a los elementos digitales de un bien que los contiene. Ello tiene un doble efecto. Por un lado, no hay regla especial de conformidad en lo tocante a versiones para los bienes con elementos digitales, de modo que estas cuestiones se determinarán exclusivamente por la aplicación de los criterios subjetivos y objetivos relevantes en el caso. Por otro, si la solución de la última versión se puede deducir para cierto bien con elemento digital de los criterios objetivos, un simple acuerdo sobre otra versión distinta no eliminará la falta de conformidad, pues las condiciones más onerosas para exceptuar esta falta, contenidas en el art. 115 ter. 5 TRLGDCU (y el art. 7.5 Directiva 2019/771) serán de aplicación.

38. El considerando 19 Directiva 2019/770 destaca que la Directiva debe encontrar aplicación con independencia del soporte o el modo utilizado para la transmisión de los contenidos o servicios digitales, incluyendo explícitamente entre las modalidades de transmisión la entrega de un soporte material, la descarga por el consumidor en su dispositivo, la conexión vía web y el acceso a redes sociales, entre otras.

pado del problema suele inclinarse por la negativa a considerar una simple sospecha de divergencia como falta de conformidad, con dos excepciones de nota. Una, la de aquellos productos que, por su naturaleza, se convierten en inservibles por la mera presencia de una sospecha de defecto, aunque no esté comprobado o confirmado[39], como alimentos o medicamentos. La segunda tiene que ver con los bienes destinados a la reventa en el corto plazo. Cuando el comprador ha de colocar de forma inmediata o casi inmediata los bienes a sus clientes parece que no permitir que la sospecha con fundamento –no la pura posibilidad, no digamos ya la elucubración– de existencia de falta de conformidad tendría efectos graves para el adquirente.

Dada la naturaleza de los contenidos y servicios digitales y el ámbito de aplicación de la normativa europea y común española (no de la catalana, pues en esto no se circunscribe a los contratos de consumo: art. 621-67 y 621-71 CCCat), parecería que ninguna de estas excepciones debiera encontrar aplicación. Con todo, creo que esta visión preliminar puede ser objeto de alguna matización. En realidad, nos encontramos ante una muestra de la trascendencia de la función y alcance de la conformidad como herramienta de régimen contractual: no es la naturaleza del objeto del contrato, no es la esencia de la discrepancia entre lo debido o lo entregado, no es la certidumbre de la concurrencia de tal discrepancia lo que, en sí mismo, ha de condicionar el alcance general de la conformidad. Lo decisivo es si el interés del contratante que aspira a recibir un bien o que le suministren un contenido o un producto digital, interés «configurador de lo que le es debido en virtud del contrato» –por pacto individual o por integración conforme a los criterios recogidos en la ley– se ve frustrado efectivamente –que no necesariamente de modo tangible o ya verificado– por lo que reciben.

Con frecuencia, a la vista del conjunto de circunstancias del contrato, esa frustración requerirá una materialización de la discrepancia negativa entre lo debido y lo suministrado. Otras, en cambio, el riesgo relevante de esa materialización para que la frustración se entienda ya producida. Pensemos en el caso de constancia de un riesgo (no elevado, digamos un 5%) de que el servicio digital suministrado produzca una brecha de ciberseguridad en el equipo del consumidor que permita el acceso a datos sensibles. Parece claro que el hecho de que la quiebra de seguridad no esté confirmada todavía no

39. Schwenzer, I. «Art. 35» en Schwenzer, I. (Ed.), *Schlechtriem & Schwenzer. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4a ed., Oxford University Press, Oxford, 2016; Westermann, H.–P. «§433», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2019 (Beck on line), Rn. 13; GRUNEWALD, ob. cit., p. 1577.

puede ser obstáculo para entender que concurre ya la falta de conformidad. Desde luego, no todo riesgo de acaecimiento de un problema de conformidad se debe equiparar a la presencia contrastada de la falta de conformidad, pues de lo contrario cualquier contenido o servicio con riesgo distinto a cero de afectar a una propiedad o característica del servicio o contenido supondría de por sí la falta de conformidad. Creo que solo una consideración que abarque todos los factores que –razonablemente y con base objetiva– permitan hablar de frustración del interés del contratante puede acercarnos a una solución satisfactoria de estas cuestiones, más allá de las dimensiones relativas a la materia probatoria (los hechos, y no las suposiciones, mandan, pero los hechos pueden ser esperados en términos estadísticos al hacer la valoración conducente a la solución jurídica)

Finalmente, hay un aspecto que merece ser destacado para aclarar el ámbito general de la conformidad (de contenidos y servicios digitales, pero también de bienes): la conformidad no comprende las disputas en cuanto al «valor» de lo intercambiado en el contrato, esto es, la relación de equivalencia entre contenidos o servicios contratados y precio (o, en caso en que no haya precio, la apreciación subjetiva de la exposición de datos personales facilitados por el consumidor al empresario). Las posibles discrepancias en cuanto a la «valoración» o «aprecio» de los contenidos y servicios digitales, o de cuál debiera ser la contraprestación proporcionada (en dinero o en «exposición de los datos personales») al «servicio» o «utilidad»[40] que supone el consumo de los contenidos o servicios quedan al margen del juicio de conformidad.

Esas diferencias, en su caso, serán relevantes en otra sede contractual, caso de haberla para afrontar directamente las cuestiones relativas a la existencia de conmutatividad entendida a modo esencialista o con parámetros

40. Esto deja fuera del ámbito de la conformidad con el contrato, naturalmente, las discrepancias o desilusiones sobre el mérito sustantivo o intrínseco de los contenidos (de entretenimiento, educativos, o del tipo que sea) de los contenidos digitales que se suministren: la conformidad del TRLGDCU y de la Directiva 2019/770 no es un instrumento para promover el mérito cultural, artístico, educativo o científico de los contenidos que consumimos en cualquiera de las modalidades de transmisión digital de contenidos (como tampoco la garantía de calidad de los bienes es una herramienta de calidad de los productos culturales). Evidentemente, cuestión distinta es si el contenido digital no presenta las propiedades o realiza las funciones que corresponden a su tipo o clase (un programa de contabilidad que no observa el Plan General de Contabilidad, un programa de gráficos para arquitectura que no ejecuta los habituales en esa categoría, un programa de traducción que arroja frases sin sentido en la lengua de destino): BEALE, H., «Digital Content Directive And Rules For Contracts On Contitnuous Supply», *Jipitec*, Vol. 12, 2021, p. 100.

externos a las partes[41] y no como expresión del intercambio voluntariamente asumido por los contratantes. No constituyen, en mi criterio, tarea propia del análisis de conformidad. El valor de un contenido o servicio, tanto en sentido objetivo y absoluto como en su relación de conmutatividad con la contraprestación (el precio u otra) no pertenecen a la esfera de la conformidad con el contrato. Cabe matizar esta negativa ante la presencia de previsiones contractuales específicas relativas al valor de los contenidos o servicios: si se contrata el suministro de un programa informático como «el programa más eficiente de su clase», o un servicio se ofrece como el más económico de los que reúnen determinadas características, la comprobación de que lo suministrado no corresponde, en estos aspectos que son reconducibles al valor de la prestación (en sí misma o por su relación con la contraprestación) parece que debiera abordarse con el instrumento de la conformidad y sus consecuencias jurídicas.

Es cierto que si se repasan los distintos apartados del art. 115 bis TRLGDCU, que enumera los requisitos o criterios subjetivos de conformidad, no es fácil a primera vista encajar los desajustes o discrepancias como los que se acaban de señalar en alguno de aquellos. Acaso el término «calidad», del apartado a) del art. 115 bis TRLGDCU pudiera acoger, latamente interpretado, las discrepancias de esta clase, al entenderse que la calidad no se refiere únicamente a prestaciones o propiedades del contenido o servicio, sino también a la propia utilidad o valor que estos reportan. Con todo, es importante resaltar que, en ausencia de estas previsiones contractuales, no cabrá apelar en general a la falta de conformidad para reaccionar frente a la frustración que supone que los contenidos o servicios no son tan valiosos como pensábamos en términos de la utilidad que nos reportan, o que se podían encontrar a precios más ventajosos en otros suministradores.

De todo lo anterior se deduce con facilidad que las discrepancias por razón del objeto entre los contenidos y servicios debidos según el contrato y lo suministrado puede presentar importantes variantes. En conjunto, la interpretación de la existencia de falta de conformidad debe inspirarse en una aproximación funcional a la misma, que esté atenta a los propósitos negociales de las partes así como a las preferencias dominantes en el conjunto de los empresarios y consumidores. Se debe huir de una interpretación del

41. Que ciertos instrumentos contractuales (el control de contenido de cláusulas predispuestas, por ejemplo) sean herramientas pertinentes para esta tarea, y cuál sea la aptitud concreta que al respecto ofrecen otras bien distintas como la rescisión por lesión es materia que escapa al objeto de interés de este capítulo.

régimen de la falta de conformidad que siga siendo tributario de las viejas concepciones prevalentes en los sistemas romanistas. La cuestión que aparecería como relevante sería, pues, única y exclusivamente, si hay discrepancia entre lo debido –y esto se determina por criterios inmanentes al contrato pero también en atención de criterios legalmente impuestos, como se verá al analizar el variado conjunto de elementos de la conformidad – y lo que se suministra o se pretende suministrar.

Por tanto, más allá de los problemas –importantes– de delimitación entre elemento digital de un bien y los propios contenidos o servicios digitales[42], en los contratos sobre estos últimos debe prevalecer la visión de que ninguna de las tipologías de desajuste objetivo entre lo exigido por el contrato y lo suministrado por el vendedor queda, *a priori*, extramuros de la noción de falta de conformidad[43]. Con ello el régimen rector de la contratación sobre productos digitales se hace coherente con otros sectores de la contratación, en que prevalece una visión amplia y tendencialmente omnicomprensiva del alcance y el perímetro de la conformidad[44]: así, en sede del CVCIM[45]), de la Directiva 44/99[46], del

42. Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Cívitas, Cizur Menor, 2020, p. 571; BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV», *InDret* 3.2022, p. 3 y ss.

43. En el mismo sentido, ARROYO AMAYUELAS, E., «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 28-29.

44. De acuerdo con esta noción amplia, GÓMEZ POMAR, F., «Comentari al art. 621-20 CCCat», ob. cit., p. 226; CASTILLA BAREA, M., «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 101; TORRELLES TORREA, E., «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», ob. cit., pp. 848-849; PLANA ARNALDOS, M. C., «Conformidad de los contenidos y servicios digitales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y PLANA ARNALDOS, M. C. (Dir.), *Contratación en el entorno digital, Aranzadi*, Cizur Menor, 2023, p. 509.

45. MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 35», ob. cit., p. 296 y ss.; SCHWENZER, *Art. 35*, ob. cit., p. 595 y ss.

46. GRUNDMANN, S., *Art. 2*, ob. cit., p. 122, 126-127; en contra, MORALES MORENO, A. M., «La conformidad según la Directiva», en JUND, S., HEUSEL, W., PAISANT, G. (Coords.) y LETE ACHIRICA, J. (Ed.), *Garantías en la venta de bienes de consumo:*

TRLGDCU en su versión anterior a la reforma del 2021[47] y del derecho catalán de la compraventa[48].

La amplitud de la noción de conformidad en el ámbito de los productos digitales no significa que carezcan por entero de importancia las distintas modalidades o variantes que pueda presentar la falta de conformidad. La propia naturaleza de los productos digitales al igual que los dota de ciertos rasgos singulares respecto de los bienes tangibles, también puede incidir en las modalidades de falta de conformidad que puedan presentarse y en su mayor o menor coherencia con los remedios por falta de conformidad que prevén la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU.

Los contenidos digitales (desde los programas de ordenador con todo tipo de funcionalidades a los videojuegos, pasando por los productos de entretenimiento o los libros digitales) son bienes de información que comparten características de «bien público» en sentido económico y no jurídico: no rivalidad en el consumo –múltiples usuarios pueden disfrutar del producto al mismo tiempo– y exclusión no inmediata y costosa –evitar que quien no está autorizado o no ha pagado el precio correspondiente supone un coste de exclusión–, Además, los contenidos digitales son, por definición, idénticos y no desmerecen o se deterioran con el uso. A ello se añade la importancia

---

ponencias de la Conferencia Internacional, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 45; MORALES MORENO, *La modernización…*, ob. cit., p. 169

47. TORRELLES TORREA, E., «Art. 114», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1059; MARÍN LÓPEZ, «Art. 116», ob. cit., p. 1687-1688; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «La falta de conformidad en la venta de los productos de consumo: su concepto y prueba ante los tribunales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 1485; en contra para la consideración del defecto de cantidad como falta de conformidad, salvo que el fin económico del contrato solo pueda obtenerse con la entrega de la totalidad, JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 p. 136.

48. VAQUER ALOY, A., «La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña», en SERRANO DE NICOLÁS, A. (Coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, p. 217; MARCO MOLINA, J., «Los criterios legales de la conformidad con el contrato en el futuro libro VI del *Codi Civil de Catalunya*: la llamada *conformidad subjetiva* o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador», en LLÁCER MATACÁS, M. R. (Coord.), *La codificación del derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, Dykinson, Madrid 2015, p. 195 y ss., GÓMEZ POMAR, F., «Comentari al art. 621-20 CCCat», ob. cit., pp. 230-231.

que tienen en estos contenidos los efectos de red (*Network effects*), esto es, el aumento de bienestar generado por la utilización de los mismos que se deriva del aumento en el número de usuarios de un contenido idéntico. Por eso la identidad y la estandarización son tan relevantes y dominantes en este ámbito.

De estos rasgos anteriores se desprende con facilidad que los problemas de conformidad que puedan surgir, con la excepción que en seguida se mencionará, afectarán generalmente a todos los contenidos de la misma clase, versión y origen que se hayan puesto en el mercado. Quedan fuera de esta predicción aquellos casos en los que la falta de conformidad se conecte con la compatibilidad, la interoperabilidad o el acceso y utilización de los contenidos que se vincule con el entorno digital del consumidor que, como parece claro, no tiene por qué ser homogéneo en el conjunto de la población de consumidores de un cierto contenido digital.

Por lo que se refiere a los servicios digitales (de almacenamiento, de *streaming*, de mensajería, de red social, etc.) de nuevo nos encontramos aquí con los rasgos de no rivalidad y costosa exclusión que se asocian con los bienes públicos en sentido económico. También con la importancia y trascendencia de los efectos de red –piénsese en los servicios de mensajería, o en las redes sociales, como ilustraciones destacadas de esta propiedad–. Aunque aquí el nivel de servicio puede variar en cuanto a capacidad, acceso y volumen, encontramos también elementos que correlacionan las faltas de conformidad que pueden afectar a distintos usuarios. Por otro lado, la dimensión típicamente continuada del suministro de tales servicios introduce un horizonte temporal de indudable relevancia también en cuanto a las eventuales vulneraciones de la conformidad (continuidad en el acceso y prestaciones).

Así, el contraste de los productos digitales con los bienes de consumo objeto de la Directiva 2019/771 (también aquellos que poseen elementos digitales, aunque en estos los efectos de red y la estandarización también inciden sobre la demanda y la utilidad de su uso) es de esperar que las faltas de conformidad que se producen en los primeros sean más homogéneas y estén más correlacionadas que las que se manifiestan en los bienes, cuyas diferencias en cuanto a las circunstancias (también las ligadas a su uso) tocantes a las distintas unidades de un mismo tipo de bien son de ordinario más relevantes. Por otra parte, la capacidad de los distintos remedios frente a la falta de conformidad para afrontar las cuestiones que se suscitan en las diversas modalidades de la misma también va a ser divergente en los respectivos ámbitos de una y otra de las Directivas de

2019[49]. Esto también puede afectar, dentro del campo de los contenidos y los servicios digitales, a las diversas modalidades de falta de conformidad que puedan afectar a estos. Acaso no es necesariamente deseable que reciba el mismo trato y las medidas correctoras de la falta de conformidad operen del mismo modo cuando el problema radica en la conexión o interoperabilidad con el entorno digital del consumidor o se relacione con la adecuada integración de los productos digitales por el empresario que cuando nos hallamos ante un déficit de funciones y propiedades técnicas de un cierto contenido o servicio.

La unidad y amplitud de la noción de conformidad, por tanto, no debe necesariamente conducir a una uniformidad, al menos una inflexible y privada de todo margen de maniobra, en cuanto al tratamiento y corrección de las distintas variantes de la falta de conformidad.

3. FALTA DE CONFORMIDAD Y RECHAZO DEL SUMINISTRO

Es opinión compartida que las Directivas de no contienen reglas sobre la aceptación de los bienes o de los contenidos y servicios digitales, de modo que estas cuestiones –también las que se tocan con la conformidad– son ámbito exclusivo del Derecho nacional[50] de contratos o de consumo.

Ya se ha hecho referencia al problema del art. 66 quater TRLGDCU y el «exceso de prestación» en el ámbito de los contenidos y servicios digitales. En Derecho español, la aplicación del régimen de la falta de conformidad con el contrato (en cualquiera de las modalidades contempladas de falta de conformidad, en principio, salvo aquellas que por su propia naturaleza, como las relativas a integración o instalación posterior, o a actualizaciones para mantener la conformidad a lo largo de un período de tiempo tras la entrega o el suministro) no condiciona la obligación de recepción del adquirente comprador ni excepciona el deber general del deudor en cuanto a la

49. El art. 13 Directiva 2019/771, al enumerar y denominar las medidas correctoras por falta de conformidad se refiere como remedio primario a la «reparación y sustitución», mientras que el art. 14 Directiva 2019/770 recurre a la puesta en conformidad. Cómo va a producirse, de manera habitual, el remedio o corrección *in natura* de la falta de conformidad va a divergir en los contratos sobre bienes de los relativos a productos digitales. También otros remedios (la resolución, señaladamente) operará de manera diferenciada sobre los bienes y sobre los productos digitales, dada la mayor sensibilidad de los primeros al mal uso por el adquirente, a la depreciación y al deterioro relevantes.

50. STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 125.

identidad e integridad en el pago de la cosa debida (arts. 1157 y 1166 CC, art. 330 CdC). En España, la interpretación más autorizada[51] entiende que la falta de conformidad supone, en cuanto al fenómeno de la obligación de pago o cumplimiento y en cuanto a la recepción de la prestación, una infracción a la identidad e integridad en el cumplimiento.

Una desviación de la conformidad en los productos digitales que se suministran observable en ese momento autoriza al destinatario del cumplimiento a rechazarlo, cualquiera que sea la entidad de la falta de conformidad[52]. En otras palabras, por emplear la terminología del UCC estadounidense, se deben entender que el comprador dispone de la facultad de rechazar un acto de cumplimiento que no constituya, en todos sus aspectos y dimensiones, una «*perfect tender*».

No es del todo claro si el concepto de suministro de los contenidos o servicios digitales es o no un concepto autónomo del Derecho de la UE. Esta posición se había defendido con contundencia[53] en relación con la paralela noción de «entrega de los bienes» para la Directiva 99/44. De hecho, con posterioridad, la Directiva 83/2011 vino a establecer un concepto de entrega –y de transmisión del riesgo– en las compraventas a consumidores (arts. 18 y 20), con lo que parecía, lo que parecía excluir que el concepto de entrega (y su equivalente funcional en sede de contratos sobre productos digitales, el concepto de suministro) se defiriera a los Estados Miembros. Incluso ello podría entenderse todavía menos para la Directiva 2019/770, que dedica el art. 5.2 a la noción de suministro y a sus modalidades.

Sin embargo, el Considerando (38) de la Directiva 2019/771 declara que la misma «*no debe regular el significado del término* "entrega", que *debe dejarse a la determinación del Derecho nacional, en particular en lo que respecta a la cuestión de qué tiene que hacer el vendedor para cumplir su obligación de entrega de los bienes*». De manera que, con innegable incoherencia con la posición de la Directiva 2011/83, ahora el régimen de la UE en materia de compraventa

51. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Civitas, Pamplona, 2021, p. 926, 928 y 1148; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 500 y 503

52. En contra, aparentemente, PÉREZ DE CASTRO, N., «La entrega en la compraventa de consumo», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol.1, Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 1243, que considera premisa necesaria para poder conocer si existe conformidad o no el que el bien vendido haya sido entregado.

53. GRUNDMANN, S., «Art. 2», ob. cit., p. 142.

de bienes a consumidores parece que no pretende ofrecer un concepto autónomo y armonizado de entrega de los bienes, lo que parecería englobar las cuestiones arriba mencionadas. Que esto se extienda a la noción de suministro de la Directiva 2019/770 no es evidente –pues no hay un Considerando comparable en esta Directiva– pero cabe realizar una interpretación armonizadora que asimile en lo posible las soluciones alcanzadas por ambas. La cuestión no es puramente teórica, pues pueden surgir dudas en cuanto al tratamiento que deba darse a la negativa –injustificada– del consumidor a recibir el producto digital y el peso que este hecho deba tener a efectos del momento de la determinación de la conformidad.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA CONFORMIDAD

El TRLGDCU (siguiendo a la Directiva 2019/770, que en esto es muy semejante a la Directiva 2019/771) ordena la determinación de la conformidad cuatro preceptos distintos. El artículo 115 bis TRLGDCU (que traspone el art. 7 de la Directiva 2019/770) contiene los criterios subjetivos para la determinación de la conformidad o falta de conformidad de lo suministrado.

El artículo 115 ter TRLGDCU (que traspone el art. 8 de la Directiva 2019/770) se ocupa de tres aspectos del juicio de conformidad: (i) los criterios objetivos para la determinación de la conformidad; (ii) la cuestión –singularmente relevante para los contenidos servicios digitales– del mantenimiento de la conformidad que aseguran las actualizaciones de los productos digitales o los elementos digitales de un bien tangible; (iii) el papel de la voluntad discrepante o el pacto en contrario en relación con ciertos criterios o dimensiones de la conformidad.

El artículo 115 quater TRLGDCU (que traspone el art. 9 de la Directiva 2019/770) se refiere a la conformidad en la integración de los contenidos o servicios en el entorno digital del consumidor.

El art. 117.2 TRLGDCU (que traspone el art. 10 de la Directiva 2019/770) se ocupa de la trascendencia a efectos de la conformidad de los límites y restricciones al uso de los contenidos y servicios digitales que resulten de derechos de terceros ajenos al contrato, en particular de los que se refieren a la propiedad intelectual.

En este apartado me ocuparé de las cuestiones relacionadas con los tres primeros preceptos aludidos, pues la incidencia en materia de conformidad

de los derechos de propiedad intelectual de terceros es materia de la que se ocupa el Capítulo de Rafael Sánchez Aristi.

La Directiva 2019/770 (al igual que la 2019/771) agrupa los criterios para la apreciación de la conformidad en dos categorías separadas: criterios o requisitos «subjetivos» y «objetivos». El TRLGDCU ha seguido la opción y la terminología del legislador comunitario, tanto para contenidos y servicios digitales[54] como para bienes[55], incluidos, naturalmente, aquellos con elementos digitales[56].

Las Directivas de 2019 se apartaban en esta estructura y terminología del art. 2 de la Directiva 99/44, que no consideraba de modo separado en categorías distintas los criterios o requisitos de conformidad. Sin embargo, la doctrina que explicaba los criterios de determinación de la conformidad en la Directiva 99/44, siguiendo la tradición alemana en materia de *Sachmängel* ya los agrupaba en dos ámbitos y los bautizaba como de índole subjetiva u objetiva[57]. Aunque el DCFR (Arts. IV.A.–2:301 y IV.A.–2:302) y el CESL (art. 100), que en buena medida han inspirado en estas cuestiones a las Directivas de 2019 sí desglosaban los criterios de conformidad con una perceptible separación entre los que se venían denominando como subjetivos y como objetivos, lo cierto es que no empleaban expresamente tales denominaciones. La Directiva 2019/770 (y la 2019/771) sí lo han hecho. Con

54. La caracterización de ciertos criterios como subjetivos y otros como objetivos para los contenidos y servicios digitales la han seguido también los legisladores alemán (§327e) BGB) e italiano (art. 135-decies. 4 *Codice del consumo*). No así el *Code de la Consommation* francés (L-224-25-13 y L-224-25-14). Tampoco el art. 621-20 CCCat, aunque la doctrina que lo comenta si emplea la terminología subjetivo/objetivo: ARNAU RAVENTÓS, L., «Productos digitales…» ob. cit., p. 68; ARNAU RAVENTÓS, L. y GRAMUNT FOMBUENA, M., ob. cit., p. 101.

55. Lo mismo de los contenidos y servicios digitales lo observamos en los bienes: distinción entre criterios subjetivos y objetivos denominados específicamente así en el §434 BGB y en el art. 129 *Codice del consumo*, y ausencia de denominación específica en L-217-4 y L-217-5 del cuerpo legal francés.

56. En el BGB hay una regla especial para ellos, que emplea de nuevo la terminología de criterios subjetivos y objetivos: (§475b) BGB).

57. GRUNDMANN, S., Art. 2, ob. cit., p. 123; MARCO MOLINA, J., «La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán», *Revista La Notaría: 150 anys: 1858-2008*, Vol. 2, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2008, p. 1191; MARÍN LÓPEZ, J. J., «Art. 116», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007*, 2.ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 1691-1692.

ello, han consagrado en el terreno normativo la división categorial entre lo subjetivo (fruto del acuerdo) y lo objetivo (fruto de patrones o criterios legislativamente previstos ligados a las características habituales y esperables de bienes del tipo o clase de contenido o servicio digital o, más en general, el objeto del contrato).

Con ello, probablemente de modo inadvertido, el legislador europeo de 2019 no ha puesto fin a un debate que en sede de la Directiva 99/44 se había manifestado ya, aunque con una base textual acaso menos problemática que la vigente. Me refiero a la disputa en torno a la naturaleza predominantemente contractual o predominantemente legal de los criterios de conformidad y, con ellos, del propio ejercicio que se expresa en el juicio de conformidad.

Una parte –la dominante– de la doctrina se ha manifestado abiertamente partidaria de considerar que el modelo de las Directivas de 2019 es de raíz esencialmente legal, de modo que los patrones de conformidad normativamente contemplados por el legislador se imponen al acuerdo contractual, a salvo las escasas posibilidades de exclusión de las previsiones legales sobre conformidad explícitamente admitidas y toleradas por el diseño normativo[58].

Así, un sector importante de los comentaristas que se han pronunciado sobre las Directivas de 2019 o acerca de las normas nacionales de transposición optan decididamente por la prioridad casi total de los criterios objetivos y, en consecuencia, por un papel meramente «complementario» o «de ampliación» al acuerdo contractual en el que se sustentan los criterios subjetivos. Esa prioridad, lógica y de finalidad, se afirma aun reconociendo

58. SEIN, K. y SPINDLER, G., ob. cit., p. 374; TWIGG-FLESNER, C., «Conformity of Goods and Digital/Digital Services» en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2020, p. 56; STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 113; SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret*, N.º 4, 2021, p. 62; ARROYO AMAYUELAS, E., «Las nuevas Directivas…», ob. cit., p. 29; GSELL, B., «Conformidad y expectativas razonables de los consumidores», Working Paper 2/2022, Jean Monnet Chair European Private Law, Universitat de Barcelona, 2022, pp. 4– 5 (si bien se muestra crítica con la opción elegida por el legislador europeo); LETE ACHIRICA, J., «Art. 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos y servicios digitales», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1654; TORRELLES TORREA, E., «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», ob. cit, p. 850.

que los textos legales abordan primero los criterios subjetivos y que los considerandos de las Directivas de 2019 parecen reconocer un espacio propio –y de no mero suplemento– a los criterios subjetivos. Acaso esta posición «objetivista» puede defenderse con mayor verosimilitud en el campo de los contratos sobre contenidos y servicios digitales pues aquí, a diferencia de la versión finalmente adoptada de la Directiva 2019/770, la propuesta de la Comisión claramente daba precedencia al acuerdo contractual por encima de los parámetros legalmente previstos para el juicio de conformidad[59].

Por otra parte, existen posiciones marcadas en sentido opuesto, que mantienen la prioridad, lógica y teleológica, del acuerdo, y por tanto, de lo subjetivo, sobre los parámetros puramente objetivos o independientes del acuerdo contractual, cuya función sería la de suplir o precisar lo que es debido según el contrato[60] cuando este no lo especifica de manera suficientemente exhaustiva o factualmente incontrovertida. En una formulación atenuada de la tesis de la primacía del acuerdo un sector doctrinal deslinda los criterios subjetivos de conformidad de los objetivos en atención a que los primeros resultan directamente de la relación contractual entre empresario y consumidor mientras que los segundos solo indirectamente forman parte del contrato en cuanto que lo completan con el que el consumidor razonablemente está legitimado a esperar del objeto del contrato[61].

---

59. CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, N.º 3, 2016, pp. 26 y ss.; COLOMBI CIACCHI, A. y VAN SCHAGEN, E., «Conformity under the Draft Digital Content Directive: Regulatory Challenges and Gaps», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. y LOHSSE, S. (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 112 y ss.; GEIGERAT, S. y STEENOT, R., «Proposal for a directive on digital content – Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity» en CLAEYS, I. y TERRYN, E. (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level,* Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2017, pp. 122-123; SEIN, K. y SPINDLER, G., ob. cit., pp. 367-368; STAUDENMAYER, D., ob. cit., pp. 113-114. La recepción de la propuesta de Comisión de la precedencia de la aproximación contractual o subjetiva fue muy mal recibida y severamente denunciada por la mayor parte de la doctrina.

60. CASTILLA BAREA, M., «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», ob. cit., pp. 109 y ss.

61. MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, p. 194; MORAIS CARVALHO, J., «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales»,

Se podría incluso situar alguna otra tesis doctrinal en una suerte de posición intermedia, por cuanto la trascendencia de los criterios objetivos no sería la de imponer requisitos inderogables de conformidad en beneficio del consumidor y sobre la base de lo que es objetivamente esperable d unos contenidos o servicios pertenecientes a una cierta clase sino más bien, en conexión con las exigencias de acuerdo separado, expreso y específico de los arts. 115 ter.5 TRLGDCU y 8.5 Directiva 2019/770, refuerzan los deberes de transparencia a cargo del empresario[62].

---

en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2020, p. 39; MORAIS CARVALHO, J., «Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services», en LODDER, A. R. y MURRAY, A. D. (Ed.), *EU Regulation of E-Commerce*, 2.º ed., Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2022, p. 351.

62. CÁMARA LAPUENTE, S., «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en SANTOS MORÓN, M. J. y MATO PACÍN, M. N. (Coord.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 296-297. En un sentido semejante (aunque con un posicionamiento más crítico hacia la opción del legislador europeo y español a este respecto), BUENO BIOT, Á., «El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a raíz de la reciente reforma del TRLGDCU. Especial consideración de los datos personales como contraprestación del contrato», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Dir.), *Estudios de Derecho privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 296-297. También se puede acaso adscribir a este grupo de visiones de la conformidad la de JUÁREZ TORREJÓN, Á., «Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios posventa», en SANTOS MORÓN, M. J. y MATO PACÍN, M. N. (Coord.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 117-118, aunque limita la eficacia del art. 115 ter.5 TRLGDCU (que corresponde a los arts. 8.5 Directiva 2019/770 y 7.5 Directiva 2019/771) a la proscripción del desplazamiento de los requisitos objetivos de conformidad mediante condiciones generales de la contratación. En cambio, GSELL, B., ob. cit., pp. 4-5, al entender que el cumplimiento de las exigencias de las Directivas para la válida elusión de la aplicación de los patrones objetivos de conformidad es prácticamente imposible, implícitamente está poniendo en cuestión que esas exigencias puedan desempeñar en la realidad una función informativa y de mejora del nivel de transparencia contractual.
Una posición intermedia, aunque sin destacar la dimensión informativa de los requisitos objetivos de conformidad es la de SCHULZE, R., «European Contrat Law…», ob. cit., pp. 92-94, situando el aspecto subjetivo y el objetivo al mismo nivel, e indicando que la voluntad de las partes y la regulación legal ostentan el mismo rango en este ámbito. Es cierto, con todo, que este juicio se presenta al hilo de la caracterización de la evolución del Derecho privado europeo en la materia como de objetivación (innegable, por otro lado, si se compara la Directiva 99/44 con las Directivas de 2019). Una posición equidistante puede rastrearse también en PLANA ARNALDOS, M. C., ob. cit., pp. 515 y ss., toda vez que, si bien señala que los criterios objetivos se han de entender como con-

Por mi parte, creo que el planteamiento del problema como uno de prioridad, o de caracterización del régimen como legal e imperativo o, por el contrario, como contractual, aunque apoyado en previsiones legales exigentes que atienden a factores objetivos o apreciables sobre una base general (clase o tipo, expectativas razonables del consumidor sobre usos y propiedades) peca de reduccionista, en el sentido de que presupone que existen solo determinadas categorías discretas para la solución, y no un continuo de posibilidades o respuestas. En efecto, en este terreno del juicio de conformidad se hace visible de manera nítida cómo las normas jurídicas contractuales permiten modalidades de abordar los problemas de la realidad de los contratos más allá de la idea de prevalencia absoluta de las reglas imperativas o de mero carácter dispositivo de las reglas legales si no concurre en ellas unívocamente la imperatividad.

Sin ánimo de agotar la materia, que excede sin duda lo que es desentrañar el significado de la noción de conformidad en el TRLGDCU y en las Directivas de 2019, es preciso señalar, con carácter general, que la intervención del sistema jurídico sobre la contratación y el intercambio aparentemente voluntario de bienes y servicios entre sujetos privados puede articularse y plasmarse a través de una pluralidad de estructuras normativas. Sin duda, la distinción más tradicional y relevante en este ámbito es la que separa las normas imperativas (que se aplican al supuesto de hecho delimitado por la propia norma con independencia de que los sujetos que son parte en el contrato deseen o no su aplicación o incluso la hayan excluido o sustituido por una previsión distinta) y las dispositivas (que se aplican al supuesto de hecho solo si un acuerdo válido entre las partes no ha excluido la aplicación o ha establecido una regulación acordada diferente para el supuesto de hecho).

No es inhabitual que la caracterización de las normas sobre materia contractual como imperativas o dispositivas se describe como la identificación de una norma «secundaria» que establece si un acuerdo contractual diverso prevalece o no sobre la norma «primaria», que es la que establece la consecuencia en un cierto contexto fáctico o supuesto de hecho[63]. Así, el

---

diciones impuestas legalmente, que han de cumplirse en todo caso, con independencia del contrato (p. 516), luego se pronuncia en favor de que la interpretación objetivista y subjetivista no están muy alejadas en la práctica (p. 522) y que no es correcto afirmar que los requisitos objetivos prevalecen en todo caso, porque la diversidad del objeto del contrato y la evolución tecnológica en el entorno online hacen difícil hablar de un modelo esperable por el consumidor en función del mercado (p. 523).

63. Por ejemplo, KÄHLER, L., «Legislative Options for Regulating Optional Rules», en GRUNDMANN, S. y GROCHOWSKI, M. (Eds.), *European Contract Law and the Creation of Norms*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021, p. 127 y ss.

tradicional saneamiento en favor del comprador en presencia de un defecto oculto en la cosa vendida es una norma primaria que puede combinarse con una norma secundaria «dispositiva» si el vendedor ignoraba el defecto al vender la cosa (art. 1485 II CC) o con una norma secundaria «imperativa» si el vendedor conocía el defecto (art. 1485 II CC a contrario).

En realidad, el catálogo de estructuras normativas de intervención sobre la materia contractual no se agota en la dualidad imperatividad/dispositividad[64], pues las reglas que podemos observar en el Derecho de contratos suponen estructuras de relación con la conducta y la voluntad de las partes más diversas y complejas que la distinción que acabamos de recordar. A continuación se presentan tales estructuras normativas en orden decreciente en cuanto a la restricción que imponen sobre la libertad de acción de los contratantes[65].

Por una parte, en relación con las conductas de los sujetos en el ámbito de las interacciones voluntarias –no necesariamente en el seno de una relación contractual válida y vinculante– podemos encontrarnos ante mandatos o prohibiciones de ciertos comportamientos impuestos por el sistema jurídico. Por ejemplo, se prohíbe a los sujetos privados intercambiar ciertas prestaciones por otras, o incluso realizar ciertas prestaciones sin recibir nada a cambio: art. 10 de la Ley 14/2006, arts. 143.2 y 150 LSC. Las prohibiciones de publicidad o las exigencias necesarias de ciertos contenidos o elementos informativos en la publicidad, comunes en Derecho de consumo (p. ej., art. 8.7 Directiva 2023/2225, de contratos de crédito al consumo) encajan en este patrón de prohibiciones o mandatos de conducta en actividades que podríamos calificar de precontractuales en sentido amplio: se concluya o no finalmente el contrato, la conducta de la empresa orientada a su publi-

64. Y no nos referimos a la bien conocida teoría de la función ordenadora del Derecho dispositivo que sirve como herramienta general de control del contenido de las cláusulas predispuestas o no negociadas.

65. En la exposición que sigue me limito a describir las estructuras normativas posibles y efectivamente observables en distintos sistemas jurídicos (el español entre ellos) sin pronunciarme sobre su deseabilidad, ni tampoco prejuzgando su aptitud para ser realmente aplicadas en la realidad de los intercambios, por ejemplo, a causa de la presencia de heterogeneidad de contratantes, de las posibilidades fácticas de eludir la aplicación de las reglas o sus consecuencias desfavorables, de que en la realidad el objetivo perseguido por la estructura normativa en cuestión no se realice o, incluso, se promuevan resultados contrarios a los deseados por el autor de las normas. Sobre estas cuestiones, SCHWARTZ, A. y SEPE, S., «Fairness and Freedom in Contract Law», Working paper Yale Law School, 2024.

citación queda en todo caso sujeta a aquellos. Esta estructura normativa también pueden tomar la forma de mandato –no prohibición– de conducta.

Más allá de estas prohibiciones o mandatos «incondicionados» de conducta contractual (o para– o pre-contractual), el sistema jurídico puede establecer contenidos inmodificables por las partes o prohibiciones de determinados contenidos si existe un contrato válido o una conducta de los sujetos orientada a la celebración de un contrato vinculante (aunque finalmente no resulte válido a la vista de la prohibición de contenido expresada de manera inmodificable por la regla jurídica. Por ejemplo, según el art. 1116 CC, si unos sujetos celebran un contrato, cualquiera que sea su naturaleza y objeto, no pueden incluir como evento del que depende la producción o la desaparición de la eficacia del mismo una conducta o situación inmoral, contraria a las buenas costumbres. Si lo hacen, el contrato que pretenden celebrar carecerá de respaldo jurídico por ser nulo. Algo parecido sucede con la exigencia de determinación del objeto del contrato sin nuevo convenio entre los contratantes: si los sujetos pretenden celebrar un contrato vinculante, su objeto ha de ser al menos determinable. Pero nótese que no nos hallamos aquí ante mandatos o prohibiciones de una cierta conducta, sino en contenidos necesarios –o prohibidos– dentro de un contrato vinculante. Por ejemplo, el CC no proscribe que dos sujetos intercambien prestaciones que, cuando pensaron en la transacción, se hallaban totalmente indeterminadas, sino simplemente que no se alcanzará fuerza vinculante en las promesas de cumplir prestaciones indeterminadas, aun cuando los sujetos pretenden que su «acuerdo» tenga esa fuerza.

El contenido necesario –inmodificable[66]– o prohibido expresado por la regla legal contractual puede depender no solo de que haya contrato, sino de que este sea de una cierta clase, se produzca entre determinados sujetos o se inserte en un cierto sector de la contratación. Por ejemplo, cuándo un incumplimiento del obligado autoriza el vencimiento anticipado del crédito que permite la ejecución de la hipoteca (a tenor del art. 693.2, 2.º inciso LEC) establecido por el art. 129bis LH y el art. 24 LCCI se impone siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté

66. El contenido puede ser irrenunciable o inmodificable al contratar con carácter general, pero puede ser susceptible de determinación circunstanciada o de «interpretación» por virtud del propio acuerdo de las partes. Por ejemplo, el deber de buena fe en la negociación o ejecución de un contrato, o el deber de lealtad de los administradores de una sociedad de capital son «irrenunciables» e imperativos, pero los contratantes gozan de un margen de libertad contractual para adaptar el estándar impuesto legalmente a las circunstancias y vicisitudes particulares de su relación.

garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, pero no en otros préstamos o créditos con garantía hipotecaria: entre dos personas jurídicas, o entre dos personas jurídicas en relación con inmuebles de uso no residencial, por ejemplo, para los cuales el vencimiento anticipado se producirá en los términos en los que así se hubiese convenido[67] En definitiva, el contenido prohibido u ordenado por la regla contractual imperativa requiere la celebración de un contrato de un cierto tipo o con un determinado régimen jurídico o que los contratantes reúnan determinadas condiciones. El caso más habitual de este segundo condicionante para la imposición o prohibición de contenido contractual viene dado por el carácter de contrato de consumo (y, por tanto, que el proveedor de bienes o servicios sea un empresario y la contraparte sea un consumidor), pero ni todas las reglas que asociamos al Derecho de consumo o que en el tienen su origen se aplican solo a relaciones contractuales de consumo ni todas las relaciones de consumo se rigen solo por esta clase de normas imperativas «condicionadas» al tipo de relación.

Puede suceder que el contenido imperativo no requiera únicamente que el contrato o los contratantes sean de una cierta clase o tipo, sino que su aplicación depende de que las partes elijan –sin posibilidad de modificarlo– esa regla o pretendan que se pueda obtener el efecto jurídico asociado inseparablemente a la misma. Por ejemplo, en un contrato con garantía hipotecaria, el régimen imperativo de ejecución extrajudicial contenido en el art. 129.2 LH depende de que las partes pacten en la escritura de crédito o préstamo hipotecario la posibilidad de tal ejecución extrajudicial (art. 129.1.b) LH). Podemos hablar entonces de reglas imperativas opcionales, pues hay un *opt-in* de los contratantes a una regla o conjunto de reglas que no cabe alterar.

El siguiente escalón en la pendiente de la vinculación de los contratantes a la regla legal lo hallamos cuando se presentan varios contenidos alternativos (pero no modificables) dado un cierto contrato o contenido contractual. Por ejemplo, el art. 23 de la Directiva 2014/17 (sobre crédito hipotecario) establece que si el crédito se concede en divisa (esto es, en una moneda distinta a la de su lugar de residencia o aquella en la que el deudor obtiene la mayoría de sus ingresos o posee la mayoría de sus activos), el consumidor ha de tener derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en

67. No es, por tanto, una regla dispositiva, sino que requiere el pacto de las partes (*opt-in*) al efecto. Las entidades financieras españolas aprendieron dolorosamente la diferencia entre una regla por defecto y una regla de *opt-in* al hilo de la redacción original del art. 693 LEC y la abusividad de las cláusulas no negociadas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo.

condiciones especificadas, o disfrutar de otros mecanismos que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito. El precepto de la Directiva dispone expresamente que los Estados Miembros podrán especificar si el consumidor puede acogerse a las dos opciones o únicamente a una de ellas, o podrán autorizar a los prestamistas para que especifiquen si el consumidor puede acogerse a las dos opciones o solo a una de ellas. Aquí tendríamos una regla del tipo de la descrita en el concepto de esta variante 5: dos –y solo dos– reglas imperativas (conversión por el consumidor o protección frente a riesgo de tipo de cambio) entre las cuales puede escoger el pacto contractual. Un esquema muy similar lo encontraríamos si la regla legal estipulara un contenido que es reemplazable por pacto –y por tanto, en la dicotomía clásica, la regla sería dispositiva– pero limitando el pacto alternativo a otro u otros (limitados) contenidos alternativos a los de la regla por defecto. A este esquema se puede reconducir la solución legal española de la Ley 4/2012, sobre aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, que si bien establece en principio un régimen de derecho real (art. 23.4) autoriza ciertos esquemas de ordenación de carácter personal (art. 23.8).

A continuación en la escala de intensidad en la intervención sobre el intercambio voluntario contractual se pueden caracterizar las reglas legales derogables por acuerdo (dispositivas, en el sentido habitual del término, por tanto), pero «resistentes» a ser desplazadas por otro contenido contractual (*sticky*, en la terminología norteamericana[68], o *eingeschränkt dispositiv*, según alguna doctrina alemana[69]). Los sistemas jurídicos (y el español ofrece muestras de ello) establece determinados contenidos contractuales pero que solo pueden ser desplazados con requisitos más exigentes que la mera constancia de un pacto contractual discrepante del contenido pre-

68. BEN-SHAHAR, O. y POTTOW, J., «On the stickiness of default rules», *Florida State University Law Review*, Vol. 33 (3), p. 651; MCDONNELL, B., «Sticky Defaults and Altering Rules in Corporate Law», *SMU L. Rev.*, N.º 60, 2007, p. 383. La «*stickiness*» frente al desplazamiento puede obedecer tanto a previsiones o exigencias de la propia regla (requisitos agravados para pactar un contenido discrepante de la regla, en términos de información, asesoramiento externo o expresión de la voluntad contractual que acepta el desplazamiento de la regla legal) como a factores empíricos, generalmente de naturaleza conductual (dado el contenido y trascendencia de la regla, y las exigencias legales para su desplazamiento por otra solución contractual, la gran mayoría de los contratantes no efectuarán el desplazamiento, al ser los costes de hacerlo más elevados que los beneficios.

69. METZGER, A., «Vor §327 BGB», ob. cit., Rn 35; METZGER, A., «§327 e BGB», ob. cit., Rn 25.

visto en la regla, imponiéndose condiciones reforzadas de consentimiento[70]. Naturalmente, tales requisitos no han de ser necesariamente idénticos para todos los casos de regla legal dispositiva resistente. Las condiciones de información, de formación de la voluntad, de asesoramiento externo, de contexto, forma y contenido de la voluntad de los sujetos en cuanto al desplazamiento de la regla pueden –y de hecho lo hacen– en función del grado de «resistencia» que el autor de la estructura normativa quiera establecer o de las finalidades perseguidas normativamente al estipular la regla legal resistente.

En el caso que nos ocupa en materia de criterios objetivos de conformidad nos encontramos precisamente con esta estructura normativa. El TRLGDCU y la Directiva 2019/770 establecen determinados criterios objetivos –externos e independientes al acuerdo entre las partes– que habrán de configurar el ámbito de lo debido al consumidor en cuanto a la conformidad de los contenidos y servicios digitales, pero permiten, con sujeción a información específica sobre los aspectos relevantes y un acuerdo expreso y separado al efecto, desplazar tales criterios[71], tal y como resulta del art. 115 ter 5 TRLGDCU y del art. 8.5 Directiva 2019/770.

Más abajo en la escala decreciente nos encontramos con el esquema normativo clásico de las normas dispositivas, esto es, un contenido por defecto o meramente dispositivo, que puede ser desplazado en todo o en parte mediante un *opt out* simple o no agravado, esto es, por cualquier modalidad admisible de acuerdo al efecto entre los sujetos que son parte del contrato. Por ejemplo, de nuevo en los contratos sobre contenidos y servicios digitales, el art. 115 ter 6 TRLGDCU (que implementa el art. 8.6 Directiva 2019/770) establece que en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales el empresario habrá de suministrarlos en la versión más reciente disponible al tiempo de celebrar el contrato, salvo que las partes acuerden –en forma válida, según el Derecho contractual general– otra cosa.

---

70. Un ejemplo relevante de la exigencia de consentimiento reforzado se encuentra en el art. 7 RGPD: RAUHOFER, J. y SCHAFER, B., «Art. 7», en SPIECKER gen. DÖHMANN, I., PAPAKONSTANTINOU, V., HORNUNG, G., y DE HERT, P. (Ed.), *General Data Protection Regulation. Article-by-Article Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, p. 377 y ss.

71. Hay alguna posición doctrinal que entiende que un acuerdo (separado y expreso) no puede referirse a más de una de las características o propiedades que resultarían de los criterios objetivos que serían desplazados, lo que requeriría acuerdos distintos para cada una de tales características: SÁNCHEZ LERÍA, R., ob. cit., p. 62. Volveré sobre este punto en el apartado IV.2.6.

Por último, más allá del esquema habitual de las normas contractuales dispositivas podemos encontrarnos con reglas que establecen un contenido esencialmente dispositivo pero solo si los contratantes eligen positivamente (esquema *opt-in*) que les sean de aplicación, manifestando acuerdo sobre determinados contenidos sustantivos o materiales. Un ejemplo de esta modalidad de intervención sobre los intercambios contractuales lo hallamos en la garantía comercial adicional del art. 127 TRLGDCU, que establece que quien (voluntariamente) la ofrece, quedará sujeto a la declaración de garantía en los términos (mayores o menores) de la misma, por el período de duración elegido y de acuerdo a las condiciones de la publicidad de la garantía comercial (salvo si antes del contrato tal publicidad hubiera sido corregida en el mismo modo o en otro comparable).

En definitiva, la estructura normativa de las reglas sobre contratos y el fenómeno contractual conoce muy distintas alternativas y modelos en cuanto al juego entre las decisiones principales sobre la inmodificabilidad/modificabilidad, y el opt-in/opt-out, así como las condiciones en que unas y otras se han de producir. Las distintas variantes que resultan de las combinaciones posibles entre aquellas dimensiones de la intervención legal, naturalmente, se proyectarán de manera diversa sobre los contenidos contractuales resultantes y sobre las conductas de las partes, antes y después de la celebración del contrato.

Con esta perspectiva podemos entender mejor el debate en torno al carácter objetivo (legal) vs. subjetivo (contractual) en relación con la determinación de la conformidad con el contrato en nuestro ámbito. En realidad, lo que tenemos es una regulación «legal» del contrato sobre contenidos o servicios digitales con los consumidores que se basa en el despliegue de reglas de carácter dispar: (i) reglas dispositivas resistentes (las que se expresan en los legalmente denominados requisitos objetivos contenidos en los números 1 y 2 del art. 115 ter TRLGDCU[72]); (ii) reglas dispositivas ordinarias (la que

72. Es más dudosa la naturaleza de la previsión del art. 115 ter. 4 TRLGDCU (heredero del art. 8.4 Directiva 2019/770) relativa a la dimensión temporal de la conformidad en los contratos que prevén un suministro de contenidos o servicios continuo a lo largo de un período (definido o indefinido), en el sentido de que esta se ha de mantener durante todo el período de duración del contrato (y no solo en el momento del suministro inicial o único del contenido o servicio, de acuerdo con el art. 117 TRLGDCU). Según algunas opiniones doctrinales, se trataría también de un criterio de conformidad calificable de dispositivo resistente, por ser susceptible de desplazamiento por una solución distinta en los términos del art. 8.5 de la Directiva 2019/770 y del art. 115 ter.5 TRLGDCU: Faber, p. 78, STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 152. Sin embargo, el tenor literal de

incluye en la conformidad la versión más reciente del contenido o servicio disponible en el momento de celebrar el contrato; (iii) reglas dispositivas por *opt-in*, que se han de establecer o disponer en el contrato (las que se expresan a través de los llamados requisitos subjetivos). Incluso se puede hablar de reglas imperativas

Una posición similar[73] se ha manifestado en relación con la Directiva 2019/770 y su transposición en Alemania, destacando que las exigencias resultantes de los criterios objetivos de determinación de la conformidad no son plenamente dispositivos ni plenamente imperativos, sino que ocupan un lugar intermedio. No se basan en el acuerdo de las partes, sino que valen como reglas legales en caso de válida conclusión de un contrato sujeto a las disposiciones legales que contienen los requisitos denominados objetivos, a menos –de aquí su carácter de *eingeschränkt dispositiv*, y no de plenamente imperativas– se produzca un acuerdo discrepante que satisfaga las exigencias agravadas de protección del consentimiento establecidas legalmente en favor del consumidor. Ello lleva a concluir que esta forma de intervención sobre el contrato supone un ejemplo adicional[74] de un nuevo modelo informacional en la contratación de consumo.

En definitiva, nos encontramos aquí, como cada vez es más frecuente en el Derecho contractual de consumo, con intervenciones legislativas sobre los intercambios contractuales que adoptan una combinación de estructuras normativas en aras de lograr un régimen que, en su conjunto, sirva para optimizar el valor de esos intercambios, lo cual, desde luego, normalmente incluirá dimensiones de protección de una de las partes en el contrato (evidentemente, que el propósito se alcance en la realidad es otra cuestión, pues no se puede dar por sentado que el régimen legal sea todo lo benéfico que pretende). Por tanto, aplicar a estos diseños legales más complejos

---

estos últimos preceptos hace más que dudosa esta interpretación, y apunta más bien al carácter imperativo de la previsión de exigencia temporal de conformidad por todo el tiempo de duración del suministro continuado. No en balde la calificación por defecto que corresponde a las reglas de la Directiva 2019/770 y a las normas nacionales de transposición es la imperatividad, según dispone el art. 22.1 de la Directiva.

73. METZGER, A., «Vor §327 BGB», ob. cit., Rn 35; METZGER, A., «§327 e BGB», ob. cit., Rn 25.

74. Otro ejemplo aducido es el del §312j BGB sobre exigencias informativas en la contratación online, que deriva de la Directiva 2011/83: METZGER, A., «Vor §327 BGB», ob. cit., Rn 35. Que la finalidad de las exigencias agravadas para el desplazamiento de la regla dispositiva sea sustancialmente informativa, sin embargo, no es algo que se pueda compartir necesariamente.

las categorías dicotómicas tradicionales no parece que permita explicarlos debidamente, ni en su funcionamiento ni en sus implicaciones y efectos.

1. LOS CRITERIOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD: EL AJUSTE A LO PACTADO EN EL CONTRATO

El art. 115 bis TRLGDCU (que transpone el art. 7 Directiva 2019/770) contiene, para los contratos sobre contenidos o servicios digitales, los criterios subjetivos para la determinación de la conformidad. Se articulan estos criterios subjetivos en torno a cuatro campos del ajuste de lo suministrado con lo contratado: (i) las propiedades en distintos órdenes (correspondencia con la descripción ofrecida, cantidad, calidad, funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad) estipuladas en el contrato; (ii) aptitud para satisfacer fines específicos del consumidor, siempre y cuando hayan sido comunicados por este y aceptados por el empresario; (iii) los accesorios, instrucciones, incluidas las de integración en el entorno digital, así como la asistencia en relación con los contenidos digitales, todo ello según lo previsto en el contrato; (iv) la actualización de los contenidos o servicios de acuerdo con lo establecido por el contrato.

Estos criterios orbitan en torno a una idea simple y poderosa al mismo tiempo: lo que el empresario suministra al consumidor ha de ajustarse a lo acordado. De lo contrario, habrá falta de conformidad y abrirá la puerta al catálogo de remedios al efecto en el TRLGDCU (los de la Directiva 2019/770, naturalmente), así como aquellos que procedan por el encaje del desajuste entre lo debido y lo suministrado en las categorías de incumplimiento del Derecho general del contrato.

La idea anterior –sencilla y aparentemente incontestable– es el punto de partida de la determinación de si los contenidos o servicios digitales son conformes. Quien ofrece en el mercado contenidos o servicios digitales ha de honrar sus compromisos contractuales sobre lo que se suministra. Desde luego, no ha de poner a disposición del consumidor contenidos o servicios que posean propiedades, prestaciones o cualidades mejores o más apreciadas que las pactadas. Al tiempo, el vendedor no puede, so pena de incumplir su deber contractual de conformidad, suministrar algo que no corresponda en alguna cualquiera de las dimensiones del bien vendido con lo pactado e incurrir con ello en las responsabilidades que le pueda exigir el consumidor.

El contrato es la fuente delimitadora, en sentido positivo pero también en el negativo, del ámbito de lo debido. En todas las dimensiones relevantes (y

la combinación de los distintos apartados del art. 115 bis pinta un panorama completo, pues comprende propiedades, cantidad, calidad, fines de uso, incluidos eventualmente los personales e idiosincráticos, los accesorios e instrucciones, la asistencia técnica y las actualización) el empresario ha de hacer frente con lo que suministra a lo acordado. Pero en principio, no ha de ir más allá si nos limitamos a los requisitos subjetivos de conformidad. El contrato define la esfera de lo debido por el empresario, positiva –todo lo resultante del contrato– y negativamente –no aquello que excede del contrato–. En este sentido, el contrato, en principio puede contener una delimitación negativa de lo que ha de ser suministrado: el servicio digital X no sirve para los fines A, B o C, o cubre hasta Y cantidad de megas de capacidad; el programa de estadística Z no permite realizar las funciones D o F, o no permite operar sobre bases de datos de más de N observaciones. La existencia de criterios objetivos de conformidad cuya trascendencia liberatoria de las consecuencias de la falta de conformidad se sujeta a estrictos condicionantes sobre el consentimiento del consumidor, más exigentes que la mera prestación de consentimiento contractual no supone una proscripción de la virtualidad del contrato como factor de delimitación de lo debido también de carácter negativo[75].

La exigencia de conformidad no tiene como objetivo que los consumidores, una vez fijadas las propiedades de lo contratado y tras haberlas aceptado, a la vista de un determinado precio contractual, puedan acudir a la falta de conformidad si lo suministrado, aunque corresponde a las características aceptadas en el contrato, no presenta las máximas prestaciones o calidades disponibles en el mercado –a otros precios, habitualmente–. Lo que sí se propone el régimen de conformidad es que el consumidor reciba contenidos o servicios digitales que respondan a sus expectativas razonables y objetivamente fundadas para la clase o modalidad o versión que ha adquirido. En otras palabras, que sin su pleno y cabal consentimiento en cuanto a la discrepancia negativa, se le suministre algo peor –en calidad, prestaciones, funcionalidades– que lo que se pueda razonablemente esperar por los consumidores para la categoría de producto digital de que se trate

75. Respecto de la Directiva 1999/44 y el TRLGDCU con anterioridad a la implementación de las Directivas de 2019 esta era la posición aceptada en relación con la compraventa de bienes: WESTERMANN, H. P., ob. cit., Rn 6-7; GRUNDMANN, S., *Art. 2*, ob. cit., pp. 124-125; MARÍN LÓPEZ, J. J., *Art. 116*, ob. cit., p. 1691; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Estándares legales de falta de conformidad en la compraventa de consumo: experiencias judiciales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 1497; GÓMEZ POMAR, F., «Comentari al art. 621-20 CCCat», ob. cit., p. 247.

o a la vista de lo que es habitual o normal o de las declaraciones hechas por el empresario o por su cuenta en relación con sus productos. Los requisitos objetivos de conformidad se ponen precisamente al servicio de esta protección de las expectativas razonables y comúnmente difundidas, a salvo que la concurrencia de un consentimiento reforzado permita dar la discrepancia como asumida conscientemente por el consumidor, al menos con elevada probabilidad de que así sean las cosas[76].

Por eso no es correcta la extendida afirmación entre los comentaristas de las Directivas del 2019 de que los requisitos subjetivos –lo contratado– es meramente supletorio o complementario, esto es adicional, a lo que normal y razonablemente puede esperar recibir el consumidor. O no es siempre y necesariamente correcta. Naturalmente, el contrato –del cual normalmente formará parte la descripción ofrecida por el empresario– puede servir para añadir funciones o cualidades, expandir el rango de calidad respecto del esperable normalmente en el mercado o contemplar fines concretos o propiedades (señaladamente, la interoperabilidad, esto es, la capacidad de los contenidos o servicios digitales de interactuar y funcionar con equipos o programas inhabituales para esos contenidos o servicios, que no se incluye entre los requisitos objetivos de conformidad) que no son comunes en la tipología de contenidos o servicios sobre los que versa el contrato. El contrato cumple en este caso la función de expandir el ámbito de lo debido al consumidor por comparación con los estándares habituales del mercado para los contenidos o servicios de que se trate.

Pero la trascendencia del contrato no se reduce necesariamente a esto en relación con ese ámbito de lo debido. Además de expandirlo, puede también precisarlo: con mucha frecuencia los estándares habituales del mercado y las expectativas razonables de quienes operan como consumidores en el mismo se refieren a un rango, y no un nivel o cifra concreta, en cuanto a prestaciones, características técnicas, funcionalidades o necesidades en relación con el tipo

76. Los arts. 8.5 Directiva 2019/770 y 7.5 Directiva 2019/771 emplean la fórmula de que no habrá lugar a la falta de conformidad cuando se cumplan los requisitos especiales de información y consentimiento que prevén esos preceptos. El art. 115 ter. 5 TRLGDCU ha optado por mantener la fórmula del antiguo art. 116.3 TRLGDCU (coincidente con la del art. IV.A.–2:307[1] DCFR) que se expresa en términos de exención de responsabilidad por falta de conformidad y no de ausencia de falta de conformidad. Claramente el sentido que indican las Directivas de 2019 (ya lo hacía, por otro parte, la Directiva 1999/44) debe prevalecer frente a la –escasamente relevante, en todo caso– licencia de pluma a la que se ha atrevido en esta ocasión el legislador español, de ordinario fiel a los textos de las directivas en materia de consumo.

o clase de que se trate. Asimismo, el contrato puede acotar la esfera de lo debido al contener las funciones, calidades, prestaciones, fines o actualizaciones que se comprenden en el contrato. Y esto no condena en sí mismas a las cláusulas contractuales que operan esta tarea de precisión o acotamiento de lo que ofrece el contenido o servicio a la irrelevancia contractual o, aún menos, a su invalidez. Solo cuando las delimitaciones negativas sobre los contenidos o servicios digitales objeto del contrato supongan la vulneración de uno o más requisitos objetivos de conformidad, y el contrato y su contexto –información previa, expresión del acuerdo sobre los elementos discrepantes de los criterios objetivos– no satisfagan lo exigido legalmente por el art. 115 ter.5 TRLGDCU se deberá hablar de falta de conformidad a pesar de que, en apariencia el contrato no exigiera la satisfacción de tal o cual criterio objetivo al haber sido objeto de una delimitación negativa en el propio contrato.

En este sentido, el papel del contrato como repositorio de lo que es debido según el acuerdo de las partes es más complejo de lo que se suele advertir y no cabe despacharlo como un mero elenco de adición de propiedades o exigencias de conformidad a la que contiene el art. 115 ter, apartados 1 (el general sobre fines, calidades, cualidades y características de toda índole) y 2 (específico sobre actualizaciones como componentes de la conformidad).

En cuanto a qué es lo que se ha de considerar pactado o estipulado en el contrato en relación con las propiedades y características de toda índole de los contenidos o servicios digitales, no necesariamente ha de favorecerse una interpretación restrictiva por mucho que se trate de contratos de consumo y teniendo en cuenta lo ya anticipado en relación con los requisitos subjetivos y su conexión con el art. 115 ter.5 TRLGDCU.

En primer lugar, lo establecido, pactado o dispuesto en el contrato comprende todo aquello que válidamente forma parte del contrato y no solo el contenido estricto del documento contractual[77] o del documento final si nos

77. Incluso aun cuando la contratación haya tenido lugar verbalmente y no por escrito (por ejemplo, de forma telefónica), lo que no es inusual para ciertos contenidos o servicios digitales, el art. 98.7 TRLGDCU exige en todo caso una confirmación en soporte duradero de la contratación efectuada, que habrá de contener todo lo previsto en el art. 97.1 TRLGDCU. Por tanto, ha de incluir «[l]*as características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios de que se trate*» que contempla su apartado a). Y concretamente para los contenidos y servicios digitales, «la funcionalidad de [.] el contenido digital o los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables», según dispone su apartado s) y «toda compatibilidad e interoperabilidad relevante de [.] el contenido o los ser-

hallamos en un proceso complejo de elaboración del contrato en el que se hubieran intercambiado distintos mensajes documentados entre las partes. Así, se debe considerar que forma parte integrante del contrato el contenido publicitario que reúne el nivel de precisión en cuanto a su contenido como para poder generar derechos del consumidor, a tenor de la regla de integración contractual del art. 61 TRLGDCU. Lo mismo podríamos decir de la información precontractual de carácter obligatorio dada la modalidad de contratación o el tipo de contrato que se celebre, como sucede, por ejemplo, con lo exigido por el art. 97.5 TRLGDCU (procedente del art. 6.5 de la Directiva 2011/83) para los contratos a distancia o fuera del establecimiento comercial. Lo mismo se debe decir de los *ToS* que estuvieran generalmente establecidos por el proveedor del servicio cuando no deban considerarse ajenos a la relación contractual entre empresario y consumidor[78]. Ambas «extensiones» son coherentes con la previsión expresa del Considerando (42) de la Directiva 2019/770, que dispone: «*Los requisitos del contrato deben incluir los que resulten de la información precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato. Dichos requisitos también podrían establecerse en un acuerdo de nivel de servicio cuando, con arreglo al Derecho nacional aplicable, dicho tipo de acuerdos forme parte de la relación contractual entre el consumidor y el empresario*».

---

vicios digitales conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer», como reza su apartado t). El art. 94.6 TRLGDCU establece en esta línea que «[e]*n aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera*». Además, en estos casos del art. 94.6 TRLGDCU, el consumidor no queda vinculado sino con la aceptación escrita (aunque sea por vía electrónica; no valdría un mensaje de voz o un vídeo transmitidos por WhatsApp), de la confirmación de la oferta remitida por el empresario por escrito o en un soporte duradero. Sobre los arts. 97 y 98 TRLGDCU, véase DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., «Art. 97» y «Art. 98», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1454 y s. y p. 1475 y ss.

En este sentido, salvo que el contrato se celebre de palabra en el establecimiento comercial del empresario, existirá un documento contractual que recoja las características principales y el grueso de las propiedades funcionales y técnicas de los contenidos o servicios digitales. Naturalmente, esta descripción no se requiere legalmente que sea completamente exhaustiva y que comprenda todas las propiedades que puedan tener alguna significación, si bien la mayor parte estarán cubiertas, indudablemente, por las previsiones del art. 97.1 TRLGDCU cuando, como es lo más frecuente, el contrato sea a distancia.

78. En el mismo sentido del texto, STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 121.

En cuanto a la descripción que se menciona como elemento para definir el ajuste a lo establecido en el contrato en el art. 115 bis. a) TRLGDCU, puede producirse en cualquier forma y consistir en palabras o imágenes, o en una combinación de ambas. Pueden expresarse mediante la utilización de términos técnicos, si su uso es comprensible y no incompatible con la aptitud de los consumidores de tomar conocimiento de la descripción aceptado en el sector de contratación de que se trate. Las imágenes no han de ser necesariamente reales –una fotografía– sino que pueden ser el resultado del uso de programas informáticos o herramientas de realidad virtual.

No parece, sin embargo, que deba extenderse lo pactado a lo que el consumidor haya percibido directamente o hubiera podido averiguar empleando la diligencia ordinaria, antes o después de contratar pero con anterioridad al suministro de los contenidos o servicios. Esto es, si una cierta discrepancia o deficiencia hubiera sido observada, o hubiera podido serlo, por el comprador desde la celebración del contrato hasta la entrega, incluyendo el momento y proceso de entrega y recepción de los bienes, y el comprador no hubiera objetado o manifestado nada al respecto, debamos entender que la propiedad o función que viene a faltar ha sido salvada por lo tácitamente pactado al contratar o después del acuerdo inicial –en una suerte de novación tácita–.

Esta no parece una interpretación razonable, pues no cabe inferir de cualquier silencio del comprador en relación con una falta observable en el momento de contratar (piénsese en una demostración sobre los contenidos o servicios realizada al consumidor servicios previa, coetánea o posteriormente, pero con anterioridad al suministro efectivo) un acuerdo relativo a la falta de la correspondiente propiedad o característica de lo contratado. Esta posición se refuerza si se piensa que la excepción a la falta de conformidad recogida en el art. 2.3 de la Directiva 99/44 consistente en el conocimiento por el consumidor de la falta de conformidad en el momento de la celebración del contrato o si el usuario no podía fundadamente ignorarla, ha desaparecido de las Directivas del 2019 y del TRLGDCU.

El art. 115 bis TRLGDCU, siguiendo al art. 7 Directiva 2019/770 extiende los requisitos subjetivos de conformidad más allá de la estricta dimensión objetiva y funcional de los contenidos o servicios digitales que son contratados. El apartado c) del precepto español cubre los accesorios, instrucciones[79]

79. Los arts. 621-20. c) y 621-22 CCCat extienden la conformidad igualmente a los accesorios e instrucciones, así como a otros documentos.

y asistencia que se hubieran dispuesto en el contrato. Estos elementos adicionales sobre los que se proyecta la conformidad estaban ausentes del art. 2 Directiva 99/44 y del antiguo art. 116 TRLGDCU, pero las Directivas del 2019 lo han incorporado explícitamente, siguiendo la estela del DCFR y el CESL (Art. IV.A.–2:302 DCFR y el art. 100 CESL).

Al contrario que en los bienes, aquí, dada la naturaleza digital del objeto contratado, las cuestiones de empaquetado y envasado no parecen constituir una dimensión relevante en cuanto a la conformidad. Los casos de contratos sobre un soporte tangible que contiene los contenidos sería, sin embargo, una excepción a la consideración anterior, y en estos casos, con cierto abuso de lenguaje, se podría entender que el empaquetado del soporte constituye un aspecto accesorio de los contenidos adquiridos mediante la adquisición de un elemento tangible.

En cuanto a qué se haya de considerar englobado en las nociones de accesorios e instrucciones, no parece que una definición general sea factible. De hecho, es el propio contrato a quien se confía en esta sede la definición de lo que ha de considerarse accesorio o instrucción en concreto, así como la tipología de aquellos elementos –digitales o no– que deben acompañar a los contenidos o servicios digitales con carácter de accesorio o de instrucciones de integración[80], de uso o, en su caso, para recibir actualizaciones o modificaciones, así como el alcance y contenido de los accesorios o instrucciones.

El art. 7. c) Directiva 2019/770 menciona la asistencia al consumidor y usuario junto con los accesorios y las instrucciones como «dimensión complementaria» de la conformidad en los términos que disponga el contrato, a diferencia del art. 6. c) Directiva 2019/771 (y de los precedentes de ambos preceptos: Art. IV.A.–2:302 DCFR y art. 100 CESL). También lo hace el art. 115 bis c) TRLGDCU[81], aunque circunscribe este elemento adicional de la conformidad a los contenidos digitales, con exclusión, al menos textual («*en caso de contenidos digitales*» reza la disposición legal) de los servicios digitales.

---

80. El art. 115 bis c) TRLGDCU solo menciona las instrucciones en materia de instalación o integración, pero claramente no excluye otras funciones o dimensiones de las instrucciones que se dispongan en el contrato. Algo parecido sucede con el art. 7 c) Directiva 2019/770, aunque aquí, a diferencia del TRLGDCU, el legislador europeo, probablemente fruto de un *lapsus calami,* habla de instrucciones de instalación, no de integración. El art. 621-22 CCCat incluye las instrucciones de uso, consumo y manejo, especialmente las relativas a la instalación o el funcionamiento.

81. La referencia a la asistencia está ausente, sin embargo, en el CCCat.

En relación con esta previsión del TRLGDCU se plantean dos cuestiones. La primera, que también alcanza a la interpretación del precepto de la Directiva 2019/770, se refiere a si la asistencia al consumidor relativa a lo que el empresario ha de suministrar se limita a la asistencia digital o puede ser de otra naturaleza (por ejemplo, englobar una asistencia técnica que suponga una visita o acceso real al entorno digital del consumidor). La duda se plantea en relación con el art. 3.5. a) Directiva 2019/770 que excluye de su ámbito de aplicación los servicios distintos de los servicios digitales. Es cierto que aquí nos encontramos ante «asistencia pactada», no impuesta por criterios externos u objetivos, lo que podría llevar a pensar que si las partes desean expandir el ámbito de lo debido al consumidor de contenidos o servicios digitales, dando entrada como complemento a estos de servicios de asistencia, no solo digital, son plenamente libres de hacerlo. Esto es cierto, desde luego, pero no resuelve el problema relativo a qué reglas habrían de aplicarse a las deficiencias en la prestación de ese servicio de asistencia no digital. Si nos tomamos en serio la pretensión de armonización plena de la Directiva 2019/770 (art. 5), los servicios complementarios no digitales, aunque sean de asistencia, se pueden contratar, faltaría más, pero quedarían extramuros del régimen de conformidad establecido en la Directiva, y habrían de regirse por las normas (nacionales) relativas al contrato de servicios, con su correspondiente régimen de incumplimiento y remedios. No es fácil llegar a una solución que cubra todos los flancos: coherencia del texto y del régimen legal, protección del consumidor, objetivos de armonización de la Directiva, entre otros. Me inclino, con todo, por una interpretación amplia de la noción de «asistencia al consumidor», que englobe todo tipo de actuaciones del empresario para dar asistencia encaminada a que los contenidos o servicios (digitales siempre) sean plenamente satisfactorios para el consumidor.

La segunda se conecta con la aparente exclusión en la ley española de la delimitación subjetiva de la conformidad por referencia a la asistencia en relación con servicios digitales, a la vista de que el tenor del precepto del TRLGDCU solo menciona los contenidos digitales. El art. 7 c) Directiva 2019/770 no realiza esta distinción y se refiere (implícitamente, por conexión con la primera frase del art. 7) tanto a los contenidos como a los servicios digitales. Aquí, la interpretación legal conforme con la Directiva debe llevar a entender que la previsión del TRLGDCU a la asistencia al consumidor comprende los contenidos, pero también los servicios digitales.

También en la determinación de la conformidad según criterios subjetivos el art. 115 bis b) TRLGDCU (siguiendo al art. 7. b) Directiva 2019/770)

se ocupa de la conexión con la conformidad al contrato de los usos o funcionalidades singulares que pueda perseguir el consumidor con los contenidos o servicios digitales objeto del contrato.

El punto de partida de la ampliación, bajo ciertas condiciones, de la conformidad a aptitud de satisfacer los fines específicos (singulares, acaso idiosincráticos) del consumidor está sin duda en el acuerdo o voluntad común de los contratantes. Con carácter general, no parece que, salvo que se haya pactado así entre los contratantes, quien pone en el mercado contenidos o servicios digitales de una cierta clase haya de asegurar que los mismos sirven no solo para usos o funcionalidades que responden a pautas de normalidad o habitualidad en la población de consumidores, sino que son singulares, particulares, tal vez meramente idiosincráticas de un determinado consumidor.

Si la conformidad con el contrato se expande para cubrir sin más los usos o fines de lo adquirido que exceden de los esperables o comunes, el ámbito de responsabilidad por razón de la conformidad al contrato se expandiría fuera de límites previsibles y razonables. Si este puede eludir la responsabilidad por falta de conformidad mediante declaraciones o pactos exoneratorios, hará uso de esta posibilidad para verse libre de esas eventuales responsabilidades por las divergencias negativas que puedan darse frente a una variedad de fines especiales que puedan albergar los adquirentes en su imaginación. Pero en los contratos con consumidores, a raíz de las Directivas de 2019, una reducción de la esfera legal de la conformidad está severamente restringida y requiere como mínimo información específica al efecto, a la que se añade la aceptación expresa y separada del consumidor respecto de la divergencia. Si en principio la conformidad con el contrato se extendiera más allá de usos o fines comunes, habituales, esperables, los costes de transacción que se generarían para todos (o cuando menos para la inmensa mayoría) de los contratos de consumo, también sobre productos digitales, serían enormes: los empresarios, al momento de contratar, no pueden discernir qué consumidores quieren los bienes o los contenidos o servicios digitales para los fines o usos habitual y cuáles pretenden destinarlos a fines inusuales o singulares. Así, de modo similar a como en relación con la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento el contratante no asume responsabilidad por las consecuencias dañosas del incumplimiento imprevistas e imprevisibles al momento de celebrar el contrato (art. 1107.1 CC), en los contratos con consumidores la conformidad no debe en principio comprender la frustración e insatisfacción de los consumidores en cuanto a fines no habituales y esperables en relación con la clase de objeto contrac-

tual de que se trate. Con ello se ahorran costes de transacción que acaso son reducidos en términos de un contrato singularmente considerado, pero son muy cuantiosos para el universo de todos los contratos de con consumidores en los que se pudieran esgrimir frustraciones de expectativas relacionadas con finalidades y usos inhabituales de los bienes o los productos digitales[82].

Estas razones explican y justifican que la aproximación de las reglas contractuales, también las de consumo, a la inclusión bajo el deber de conformidad de los fines y usos singulares o especiales pretendidos por los contratantes sea precisamente la opuesta: solo lo excepcional que sea comprendido en el pacto contractual pasará a formar parte de la garantía de conformidad. El art. 35.2. b) CV ya prefigura esta forma de abordar la cuestión y la recoge el art. 2.2.b) Directiva 99/44, en el sentido de considerar que la conformidad de los bienes de consumo con el contrato han de ser «*aptos para el uso especial requerido por el consumidor que* éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido *que el bien es apto para dicho uso*[83]».

En definitiva, el art. 115 bis b) TRLGDCU (que reproduce el 7 b) Directiva 2019/770) contempla cómo los usos y fines singulares perseguidos por el consumidor con los productos digitales contratados se englobarán en la determinación de la conformidad, pero solo cuando se den dos condiciones. En ausencia de las mismas, el punto de partida (exclusión de los usos y finalidades particulares y no ordinarios del ámbito de la conformidad) se mantiene.

Esas condiciones son dos. La primera se refiere a la revelación (puesta en conocimiento) al empresario del uso o fin específico que se propone satisfacer el consumidor con el producto digital que contrata, en un momento

82. Por extenso, sobre esta función de las reglas «limitativas» de las consecuencias excepcionales y minoritarias en el ámbito contractual, véase GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, p. 106 y ss.

83. En relación con el precedente inmediato del CVCIM, el legislador europeo de 1999 introdujo dos elementos diferenciales: (i) se suprime el «hacer saber» tácito del comprador al vendedor; (ii) se elimina la restricción ligada a que no habrá falta de conformidad si el comprador (consumidor, ahora) no confió, o era irrazonable que confiara, en el conocimiento del vendedor al admitir la aptitud para el uso especial que se puso en conocimiento del vendedor. El Art. IV.A.–2:302 (a) DCFR y el art. 100 (a) CESL mantuvieron el cambio (i) operado por la Directiva 99/44, pero rechazaron el (ii), regresando al tenor del CVCIM. Posteriormente, los arts. 7 b) Directiva 2019/770 y 6 b) Directiva 2019/771 esencialmente vuelven al modelo de la Directiva 99/44, con pequeños ajustes textuales.

temporal anterior o coincidente con la celebración del contrato. La segunda consiste en que el empresario exprese la aceptación a que los productos digitales contratados satisfagan la finalidad o finalidades singulares que se le hicieron saber.

En cuanto a la primera, se requiere una puesta en conocimiento, lo que de ordinario precisará una manifestación del consumidor (o de un tercero por su cuenta[84]) por la que se haga saber al empresario el uso particular pretendido. El momento del conocimiento por el empresario del fin particular pretendido por el consumidor ha de ser, como muy tarde, el de la conclusión del contrato. Es claro que las manifestaciones del comprador posteriores a la perfección del contrato no pueden activar la conformidad por los usos excepcionales no revelados previamente, al igual que sucede en sede del art. 1107 CC con las posibles comunicaciones que puedan afectar a la previsión o previsibilidad de las consecuencias dañosas del incumplimiento.

Las normas españolas y europeas guardan silencio sobre el contenido, alcance y nivel de detalle o precisión de la manifestación o revelación del fin especial al empresario. Esto no supone que cualquier mención a un uso particular, aunque sea tangencial o casi incomprensible en cuanto a su trascendencia y consecuencias, abra de par en par el espacio de la conformidad al comprador que persigue un uso idiosincrático. Parece que la manifestación debe ser suficiente para que un empresario medio que oferta contenidos o servicios digitales pueda hacerse una idea cabal del uso singular pretendido por el consumidor[85]. Precisamente para evitar la expansión de la esfera de responsabilidad de quien ofrece bienes y servicios por la carencia de usos o prestaciones singulares del bien, el art. 35 CV (y, en su estela, el DCFR y el CESL) introdujeron la cautela adicional consistente en la existencia de confianza razonable en el adquirente en relación con la competencia y juicio

84. GRUNDMANN, S., «Art. 2», ob. cit., p. 133, en el contexto de la Directiva 99/44, entiende que el origen de la revelación es del todo indiferente. De manera que si el conocimiento del comprador no tiene su origen en el consumidor o en alguien ligado a al mismo, se satisface la condición legal para la expansión de la conformidad, pues bastaría el conocimiento del empresario de la persecución de un fin singular por quien finalmente vaya a recibir los productos digitales.

85. TWIGG-FLESNER, C., ob. cit., p. 59, destaca para la compraventa de consumo de la Directiva 2019/771 la importancia del contenido y carácter informativo de esta comunicación para que el vendedor pueda hacerse una idea cabal de la responsabilidad que asume por esta vía, así como del nivel necesariamente relativo (cuanto más insólito es el uso pretendido, mayor grado de detalle y más contenido informativo ha de aportar el consumidor) de la revelación del consumidor para que el uso singular forme parte del deber de conformidad del empresario que resulta del pacto contractual.

del vendedor relativo a la aptitud del objeto del contrato a satisfacer una cierta finalidad singular.

Esta prevención adicional, como ya se ha indicado, ha sido –conscientemente– omitida por el legislador europeo de 2019, lo que atribuye la salvaguardia frente a la expansión irrazonable del ámbito de la conformidad en relación con los fines especiales perseguidos por los consumidores solamente a dos instrumentos: (i) el nivel de detalle y la precisión y carácter informativo de la comunicación hecha al empresario en lo que se refiere a tales fines; (ii) el carácter indubitado de la aceptación o consentimiento del empresario en cuanto a la aptitud para los fines especiales especificados por el consumidor.

Por lo que toca a este segundo instrumento, efectivamente parece que el legislador europeo de 2019, consciente de la falta de presencia de la cautela consistente en la confianza razonable del consumidor ha tratado de reforzar en cierta medida las exigencias sobre el consentimiento del empresario. De la fórmula de la Directiva 99/44 (la simple «admisión» de la aptitud para el fin singular) se ha pasado a otra que enfatiza la aceptación (expresión de la aceptación por el empresario acerca de esa aptitud para fines específicos). La agravación de los requisitos para la determinación de la conformidad conforme a esta modalidad, sin embargo, no supone que se precise un consentimiento expreso del empresario, ni que el mismo haya de presentar unos perfiles determinados en cuanto a su claridad de términos o a la conciencia del empresario respecto de la responsabilidad que asume por lo que a la esfera de la conformidad se refiere[86]. Basta que, dado un nivel suficiente –objetivamente– en cuanto al carácter informativo de la comunicación del consumidor o por cuenta de este, el empresario (o quien actúa por su cuenta en el proceso de contratación) haya realizado manifestaciones o actos de los que razonablemente se pueda inferir que consiente en que los contenidos o servicios digitales sean aptos para tales fines. Es claro que si el empresario rechaza directa (negando la aptitud para el uso especial) o implícitamente la expansión de la esfera de la conformidad (por ejemplo, insistiendo, tras haber recibido la comunicación del consumidor, en que lo ofrecido sirve solo a los fines habituales) no habrá falta de conformidad si se acredita la inhabilidad de lo suministrado para el fin singular comunicado. También habría que llegar a la misma conclusión si el empresario actúa revelando que ignora la comunicación del consumidor y omite cualquier respuesta al efecto.

86. En el mismo sentido, LETE ACHIRICA, J., «Art. 115. Conformidad…», ob. cit., p. 1664.

El art. 115 bis. d) TRLGDCU, siguiendo a los preceptos concordantes de las Directivas de 2019, contiene una importante novedad, singularmente en relación con los contenidos y servicios digitales referida a los criterios subjetivos[87] de conformidad: la dimensión «dinámica» de la conformidad[88] que se plasma en la obligación de actualización de lo suministrado. Por esta vía el juicio de conformidad con el contrato no se realiza ya con la vista puesta en un único momento temporal (el de la entrega del bien o el suministro del contenido o el servicio) sino que se proyecta hacia el futuro, cubriendo en mayor o menor medida un período de tiempo posterior en el cual los bienes, contenidos o servicios digitales van a ser puestos en uso por el consumidor.

En esta sede de la determinación subjetiva de la conformidad, la naturaleza, el alcance, la periodicidad, la duración y la conexión con los contenidos o servicios suministrados por el empresario que han de reunir las actualizaciones y que pasan a formar parte de la conformidad debida por este, serán los que resulten de lo que disponga el contrato al efecto. En este sentido, es el acuerdo contractual el elemento rector de lo que se ha de juzgar como conforme o no conforme en cuanto a la actualización de los contenidos y servicios digitales. Naturalmente, si el contrato incluye una cierta actualización o clase de actualizaciones entre lo que el empresario ha de suministrar tras el suministro inicial, es irrelevante que tales actualizaciones sean desarrolladas o hayan de crearse por el empresario o por un tercero (el creador de los programas o aplicaciones, por ejemplo). Lo mismo sucede en cuanto a la exclusión de actualizaciones. Si ha quedado fuera de lo pactado una cierta actualización, el hecho de que el empresario la desarrolle posteriormente no le obliga, bajo el criterio subjetivo de fijación de la conformidad, a suministrarlo a sus clientes anteriores.

Tras el análisis de la determinación de la conformidad según los patrones subjetivos que se apoyan en lo dispuesto contractualmente por las partes

87. Esta importante innovación tiene incluso mayor relieve en lo que respecta a los requisitos objetivos de conformidad, que incorporan de manera clara y exhaustiva la dimensión dinámica que suponen las actualizaciones: art. 115 ter. 2 TRLGDCU y art. 8.2 Directiva 2019/770.

88. Esta dimensión dinámica es destacada por la doctrina europea como un rasgo definitorio del nuevo derecho contractual europeo de segunda generación: VON BAR, C., «Shaping European Property Law: Observations about "Things" as Objects of Property Rights», en JANSSEN, A., LEHMANN, M. y SCHULZE, R. (Eds.), *The Future of European Private Law*, Nomos, Baden-Baden, 2023, p. 285 y ss.; SCHULZE, R., «European Contrat Law…», ob. cit., p. 97.

es ahora el turno de los criterios de conformidad sustentados en requisitos legalmente impuestos.

2. LOS CRITERIOS OBJETIVOS DE CONFORMIDAD

El art. 115 ter TRLGDCU contiene un nutrido y relativamente heterogéneo conjunto de criterios de conformidad que no se basan en el acuerdo contractual. El precepto del TRLGDCU comienza así: «*Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad,* [.] *los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos*». De esta formulación legal, la expresión final «*deberán cumplir todos los siguientes requisitos*» es cosecha propia del legislador español, pues falta en las Directivas gemelas del 2019.

En el análisis general dentro de este apartado IV ya he intentado caracterizar este conjunto de reglas que establecen los criterios legales o externos a las partes en cuanto a la conformidad. Se deben calificar de reglas dispositivas resistentes al cambio, esto es, susceptibles de desplazamiento por el acuerdo contractual discrepante bajo condiciones palpablemente más estrictas que las que, con carácter general, se pide para que lo pactado forme parte del contrato. La coletilla final inserta por el legislador del TRLGDCU, aun cuando pudiera rastrearse una intención de refuerzo de la «dignidad normativa» de los criterios objetivos, no debe alterar esta caracterización. No solo porque nos encontramos en un terreno cierto de armonización plena, claramente susceptible de afectar al comercio europeo en materia de bienes de consumo y productos digitales, sino porque entiendo que la calificación que propongo es la procedente a la vista de la existencia –inequívoca– de un régimen de desplazamiento de los criterios objetivos de conformidad, por reforzado que este sea, tanto en las Directivas de 2019 como en el TRLGDCU. El Considerando (49) de la Directiva 2019/770 es claro y contundente a estos efectos: «*Con el fin de garantizar la suficiente flexibilidad, las partes deben tener la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos en materia de conformidad*».

La opción normativa adoptada por las Directivas 2019/770 y 2019/771 y, en su estela, por el TRLGDCU vienen a arrumbar la posición manifestada por alguna doctrina en el sentido de que los criterios objetivos de conformidad debían entenderse como normas interpretativas de la voluntad contractual y no como reglas propiamente dispositivas[89].

89. TORRELLES TORREA, E., «Art. 116», ob. cit., p. 1072; CARRASCO PERERA, Á., ob. cit. p. 560 y ss.

Analizando el conjunto de los criterios legales reunidos en el art. 115 ter TRLGDCU parece razonable concluir que se corresponden con el tipo de regla dispositiva (aunque sea «resistente» en este caso) «mayoritaria», es decir, a lo que el legislador puede adscribir como correspondiente a las preferencias que se suponen mayoritarias entre la población general de contratantes[90]. En otras palabras, los criterios objetivos de conformidad se pueden concebir como el intento del legislador europeo y español para delimitar la conformidad de los productos digitales según lo que se puede esperar que una mayoría de contratantes informados y atentos habrían elegido si pudieran alcanzar un acuerdo sobre esa dimensión o aspecto de su relación contractual en las condiciones adecuadas[91]. Otra cosa es, des-

90. Algunos de los criterios objetivos hacen referencia explícita a las expectativas razonables del consumidor: Art. 115 ter.1.c) TRLGDCU: accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir; Art. 115 ter.1. d) TRLGDCU: cantidad y cualidades que el consumidor pueda razonablemente esperar dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y cualquier declaración pública atribuible al empresario; Art. 115 ter.2. a) TRLGDCU, período de tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y finalidad en relación con las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los productos digitales suministrados. Ello podría llevar a pensar que en estos casos el criterio objetivo bascula solo sobre la población de consumidores, y no sobre ambos lados del mercado. Con todo, creo que no es así, pues el test de las expectativas razonables del consumidor no se aplica en abstracto respecto de lo que espera recibir en una cierta circunstancia la mayoría de los consumidores, sino que se relaciona necesariamente con una conducta, una representación o una práctica de la que participa el empresario en concreto o es habitual en el sector de contratación de que se trate. El considerando (46) de la Directiva 2019/770 señala expresamente que «[e]*l criterio de razonabilidad en relación con cualquier referencia en la presente Directiva a lo que una persona pueda razonablemente esperar debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas*» (énfasis añadido).

91. Existe un interesante debate teórico en la doctrina general sobre el contrato acerca de si se puede hablar genuinamente de reglas dispositivas distintas de aquellas que reflejan idealmente las preferencias y soluciones de la mayoría de contratantes: AYRES, I. y GERTNER, R., «Majoritarian vs. Minoritarian Defaults», *Standford Law Review*, Vol. 51, No. 6, 1999, pp. 1594 y ss.; POSNER, E., «There Are No Penalty Default Rules in Contract Law», Olin Working Paper, University of Chicago, N.º 237, 2005; AYRES, I., «Yah-Huh, There are and should be penalty defaults», AYRES, I., «Yah-Huh, There are and should be penalty defaults», *Florida State University Law Review*, Vol. 33, Issue 3, 2006, pp. 589 y ss. En este caso, creo que es difícil concebir que un legislador racional puede desear imponer en un ámbito contractual como es este (aunque haya consumidores de un lado) un régimen legal difícil de desplazar por acuerdo (recuérdese, son reglas dispositivas resistentes al desplazamiento por otras previsiones) que no trate de responder a las soluciones que la mayoría de contratantes, informada y libremente,

de luego, que la plasmación en el texto legal de acercarse a lo que sería el régimen preferido por una mayoría de contratantes se logre efectivamente o no. Una vez expresado en un texto legal, su vigencia como criterio legal de conformidad se independiza de lo que era su aspiración de origen, esto es, acercarse a las preferencias mayoritarias de los contratantes en cuanto a lo que deben ser los productos digitales que se ofrezcan en el mercado. Por ello, la adaptación de los criterios legalmente consagrados a la evolución y los cambios en los mercados y las preferencias se hará a través del cauce de los conceptos abiertos («normalmente», «lo que se pueda razonablemente esperar») que ha empleado el legislador en los textos legales.

2.1. Los fines a que normalmente se destinan

Esta idea general se plasma de modo no totalmente uniforme en el elenco de criterios que recoge el art. 115 ter TRLDCU. El primero de estos se refiere a la aptitud para los fines a los que se destinan normalmente los productos digitales del mismo tipo, considerando las normas jurídicas vigentes, las normas técnicas existentes o, en defecto de estas segundas, los códigos de conducta de la industria del sector. En apariencia el enjuiciamiento de la conformidad bajo este parámetro de la capacidad de cumplir los fines normales se ha de efectuar teniendo en cuenta el «tipo» al que deba adscribirse el producto digital, así como las normas legales y técnicas y, subsidiariamente a estas, los códigos de conducta del sector de actividad económica en que se enmarca. Esto no quiere decir, me parece, que otros factores concomitantes y no contradictorios, como la función económica del producto y las pautas habituales del mercado, aunque no se puedan calificar como normas técnicas o códigos de conducta. El patrón de «normalidad» también se ha de aplicar a los contenidos o servicios digitales «de encargo», esto es, desarrollados conforme a las especificaciones del consumidor (art. 3.2 Directiva 2019/770) aunque en este caso parece que las características (experiencia, conocimientos) individuales del consumidor y de las especificaciones proporcionadas por este han de desempeñar un papel relevante en el enjuiciamiento de la aptitud para los fines normales. La alternativa que supondría dejar estos casos enteramente en el ámbito de los criterios subjetivos de conformidad no resulta convincente. Es claro que la conformidad no ha de ir aquí más allá de las especificaciones del consumidor, pero sí que todo lo que normalmente se ha de comprender en los fines, funciones y aptitudes delimitadas por tales

---

preferirían. Si fuera así, casi por hipótesis, nos encontraríamos ante un legislador que trata de imponer soluciones ineficientes a los ciudadanos.

especificaciones debe considerarse englobado en la esfera de la conformidad, a salvo una exclusión específica amparada en el art. 115.ter. 5 TRLGDCU.

En la apreciación de lo que exige la satisfacción de los fines o usos normales de los productos digitales, el nuevo régimen legal que sigue a las Directivas de 2019 señala ahora explícitamente al papel necesario de las normas jurídicas que los regulan, de las normas técnicas y profesionales que les son aplicables y, a falta de estas, a los códigos voluntarios de conducta de los operadores del sector. Pero creo que esto no debe llevar a considerar que estamos ante una noción puramente normativa de lo que se ha de considerar como aptitud para los fines normales. Las pautas comúnmente observadas en el tráfico, más allá de lo que requieren –con frecuencia, con carácter de suelo o mínimo en prestaciones o características– las reglas jurídicas y las normas técnicas, no creo que deban considerarse fuera de juego en la delimitación de la conformidad. El listado de fuentes que recoge el precepto para el enjuiciamiento de la normalidad creo que no es cerrado o limitativo, siempre y cuando no tenga como consecuencia restringir el ámbito de la exigible conformidad[92].

2.2. La versión de prueba

El art. 115 ter. 1.b) TRLGDCU señala como criterio legal de determinación de la conformidad el ajuste a la descripción de la muestra o modelo del bien y, por lo que toca más directamente a los productos digitales, la correspondencia con la versión de prueba o vista previa que, si así fuera el caso, se hubiera puesto a disposición del consumidor con anterioridad a la celebración del contrato. Aquí, la referencia para el criterio legal es de carácter objetivo –muestra o modelo en los bienes, versión de prueba o previa en los contenidos o servicios digitales, pero no tiene alcance amplio respecto del mercado en su conjunto. De hecho, se conecta más bien con instrumentos de finalidad descriptiva o informativa preparados y ofrecidos por el concreto empresario que comercializa los productos[93].

En la literatura española previa a las Directivas de 2019 se había generado un cierto consenso en torno a la idea de que la muestra o modelo emplea-

92. TWIGG-FLESNER, C., ob. cit., p. 63.

93. Por ello tal vez, la literatura alemana anterior a las Directivas del 2019 consideraba que el ajuste a la muestra o modelo se reconducía a un criterio de determinación particularizado o subjetivo, no de mercado: Stefan GRUNDMANN, S. «Art. 2», ob. cit., p. 132; WESTERMANN, H.–P., ob. cit., Rn 17; GRUNEWALD, ob. cit., p. 1579.

do en el proceso de contratación antecedente a la conclusión del contrato cumplía una doble función, atributiva y excluyente de responsabilidad por falta de conformidad[94]. Según esta visión, la muestra o modelo –o la versión de prueba del contenido o servicio digital– puede hacer que las cualidades observables en muestra, modelo o versión de prueba pasen a formar parte de las características debidas por el empresario. Pero al mismo tiempo permitirían que el consumidor pudiera acceder –traslaticiamente, al menos– al objeto del contrato, de modo que no cabría alegar la falta de conformidad en relación con deficiencias o divergencias negativas respecto de lo esperable dado el tipo de bien si estas eran reconocibles en la muestra, modelo o versión de prueba.

Por mi lado, creo que esta postura no debe compartirse. El uso de muestras, modelos, versiones de prueba o vistas previas constituye un instrumento dentro del proceso contractual para ampliar la información que el consumidor puede llegar a alcanzar sobre lo que va a recibir, dotándole de un elemento que le permite percibir de manera más plástica y exacta ciertas cualidades y propiedades de lo que se propone adquirir. Una versión de prueba de un videojuego, o de otro programa informático, se ofrecen al potencial consumidor para que este pueda apreciar mejor algunas dimensiones relevantes del programa. Con ello, se incluirán en el ámbito debido de la conformidad aquellas propiedades que contiene la versión de prueba. Pero eso no significa que el comprador no pueda legítimamente esperar ciertas propiedades que corresponden a prestaciones normales aunque no fueran perceptibles en la versión de muestra. Ello creo que se refuerza tras las modificaciones provocadas por las Directivas de 2019 en el régimen de la exclusión de falta de conformidad por acuerdo entre consumidor y empresario que ahora contienen el art. 8.5 Directiva 2019/770 y el art. 115 ter.5 TRLGDCU. La versión de prueba no puede servir en modo alguno para dejar fuera de la conformidad aquellas funcionalidades o aptitudes que se corresponden con criterios de conformidad basadas en el fin normal a que se destinan, en los accesorios e instrucciones razonablemente esperables por el consumidor o en las cualidades y otras características que el usuario puede legítimamente confiar en recibir a la vista de las declaraciones públicas del empresario o de

94. El origen de esta opinión doctrinal entre nosotros se encuentra en MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 35», ob. cit., p. 303 que la formula en interpretación del art. 35 CVCIM. La siguen, en relación con el antiguo art. 116.1.a) TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, J. J., «Art. 116», ob. cit., p. 1693; TORRELLES TORREA, E., «Art. 116», ob. cit., p. 1073; JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual…*, ob. cit., p. 165-166. También, tras la reforma del TRLGDCU del 2021, LETE ACHIRICA, J., «Art. 115. Conformidad…», ob. cit., p. 1672-1673.

personas vinculadas a este. Por tanto creo que es difícil concluir que exista una función excluyente intrínseca al uso de muestras, modelos, versiones de prueba o vistas previas en la contratación de consumo.

2.3. Accesorios e instrucciones

Otro criterio objetivo de conformidad que se residencia en el texto del art. 115.ter TLGDCU, de nuevo siguiendo muy de cerca el tenor del art. 8.1.c) Directiva 2019/770 es el que se refiere a la ausencia de accesorios[95] e instrucciones que el consumidor puede razonablemente esperar que acompañarán a los productos digitales que se le suministran. Los términos accesorios e instrucciones de la Directiva 2019/770 proceden de los precedentes del DCFR y el CESL[96]. Parece que el término accesorio no ha de identificarse necesariamente con el de pertenencia, sino como de complemento funcional: cualquier otro elemento que, sin formar parte integrante del producto digital, habitualmente lo acompaña y puede afectar a las prestaciones, a la funcionalidad o a la utilidad del para quien pone en uso el contenido o el servicio. Dada la naturaleza digital de los contenidos y servicios, lo esperable es que los accesorios compartan este carácter. Piénsese, por ejemplo, en un código QR o en un pin para poder acceder al producto digital o poder emplearlo en cierto modo o en determinadas circunstancias. Pero tampoco cabe excluir por completo que cierto elemento tangible pueda alcanzar la consideración de accesorio de un producto digital[97].

Por lo que se refiere a las instrucciones, aunque el legislador español ha eliminado el cuantificador «cualesquiera» que sí adoptó el legislador europeo de 2019, no parece que se haya pretendido reducir la exhaustividad que encierra la terminología europea. Así, todas aquellas instrucciones, sean para la instalación o la integración en el entorno digital del consumidor, sean para los usos previsibles y razonables de los productos digitales tendrían

95. El apartado c) del art. 115 ter TRLGDCU, al mencionar los accesorios destaca especialmente el embalaje. En el caso de los productos y servicios digitales, esta plasmación de los accesorios legalmente subrayada no tendrá generalmente significación alguna, por cuanto el suministro de los contenidos o servicios se hace digitalmente (mediante descarga, puesta a disposición o conexión digital) y no físicamente. La excepción vendría dada por los contratos sobre contenidos o servicios en soporte material.

96. La Directiva 2019/770 ha simplificado algo la redacción en cuanto a las instrucciones respecto al DCFR y al CESL, donde se utiliza la expresión «instrucciones de instalación y otras instrucciones».

97. METZGER, A., «§327 e BGB», ob. cit., Rn 17, incluye explícitamente los accesorios digitales y físicos.

cabida en la fórmula legal. Es preciso, en todo caso, que el consumidor, objetivamente, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, así como los usos y prácticas observadas en el ámbito en el que actúan las partes, pudiera esperar recibir las instrucciones, y recibirlas en cierta manera y con cierto contenido. Por ejemplo, si un consumidor español adquiere contenidos o servicios digitales de un proveedor francés, no puede legítimamente esperar –o no necesariamente, al menos– que los manuales e instrucciones estén disponibles en español.

En este sentido, es la expectativa razonable del consumidor la que debe proporcionar la referencia de contraste no solo respecto del «qué» se ha de recibir por referencia a accesorios e instrucciones, sino también del «cómo», es decir, el nivel de calidad exigible a los accesorios e instrucciones. En principio, sin embargo, el «modo» en que han de recibirse (por ejemplo, las instrucciones, conectándose a un sitio de internet y no en formato físico o digital) no parece que deba entenderse restringido salvo que algún formato resulte inadecuado en la perspectiva de lo que el consumidor podía objetiva y razonablemente confiar en recibir.

2.4. Las legítimas expectativas del consumidor y las declaraciones públicas atribuibles al empresario

Un criterio de gran trascendencia entre los de carácter objetivo que lista el art. 115 ter TRLGDCU es el que se contiene en su apartado d) y que se conecta directa y fundamentalmente con las expectativas del comprador a la luz de la presencia normal de propiedades en el objeto del contrato, de la naturaleza de los productos digitales y de las declaraciones públicas atribuibles al empresario. En concreto, el precepto del TRLGDCU establece que los bienes y los productos digitales han de reunir la cantidad y poseer las cualidades, singularmente respecto de dimensiones tales como la durabilidad –en los bienes–, la accesibilidad y continuidad –en los contenidos o servicios digitales–, la funcionalidad, la compatibilidad y la seguridad que (i) presentan normalmente los bienes y productos digitales del mismo tipo y que (ii) el consumidor puede razonablemente esperar en consideración a (ii.a) la naturaleza de los bienes y productos digitales y (ii.b) cualquier declaración pública realizada por el empresario, por otros en su nombre o por personas operando en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor o desarrollador.

Este complejo criterio objetivo ligado a las expectativas razonables coherentes con las propiedades normales o habituales de lo contratado o des-

pertadas por las declaraciones públicas achacables al empresario tiene su origen en el art. 2.2 d) de la Directiva 44/99 (de ahí la recogió a la letra el antiguo art. 116.1.d) TRLGDCU).

Con ligeras modificaciones de redacción –«razonablemente» en lugar de «fundadamente»– el criterio de aquella Directiva se adopta por el DCFR (Art. IV.A. – 2:302.f), que además dedica un precepto diferenciado (Art. IV.A.–2:303) a las manifestaciones de terceros sobre propiedades específicas de lo ofrecido a los compradores y otro (Art. II.–9:102) a la integración de las manifestaciones precontractuales al contenido contractual. Los arts. 100 y 69 CESL siguieron en lo esencial, con una redacción más sintética, el esquema del DCFR. Finalmente, este criterio objetivo se retoma en las Directivas de 2019, compactando la redacción respecto del DCFR, en un único apartado en el art. 8.1.b) Directiva 2019/77 y en dos en los arts. 7.1.d) y 7.2 Directiva 2019/771, a la par que se alarga la enumeración –en todo caso ejemplificativa– de las dimensiones o características de los bienes y de los productos digitales que se encuadran en este criterio objetivo de conformidad. Con una simple reubicación dentro del precepto correspondiente, las fórmulas de las Directivas de 2019 pasan al art. 115.ter TRLGDCU.

En la previsión legal española y europea se entrecruzan varias cuestiones distintas, configurando un criterio de conformidad de carácter legal dotado de varias vertientes. En primer lugar, se enumeran distintas dimensiones de la conformidad que quedarían cubiertas por el criterio objetivo expresado en el precepto. Se mencionan explícitamente la cantidad, la durabilidad (para bienes), la accesibilidad y la continuidad (para contenidos y servicios digitales), la funcionalidad, la compatibilidad y la seguridad. Sin lugar a dudas, la lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa[98]. Otras dimensiones que se puedan calificar como característica (técnica, estética o de otra clase) de los productos digitales quedarán igualmente comprendidas en el alcance de las reglas legales.

En materia de contenidos o servicios digitales cobran singular importancia las referencias –nominativas– a la accesibilidad y continuidad, pero también a la compatibilidad y la seguridad. En cuanto a la accesibilidad, más allá de constituir una componente central de la obligación de suministro inicial de los productos digitales (art. 5.2 Directiva 2019/770) configura un elemento significativo de la conformidad de estos. Sin accesibilidad no hay utilidad que pueda derivarse de los contenidos o servicios digitales.

98. METZGER, A., «§327 e BGB», ob. cit., Rn 9.

La accesibilidad ha de mantenerse, además, durante el período de tiempo necesario para que se pueda emplear el producto digital para su uso normal y esperable. Eso comprende, desde luego, el período de tiempo pactado en el contrato para el mantenimiento del suministro, o toda la duración del contrato, si es por tiempo indefinido. Pero también debiera suponer, salvo que el modo de suministro acordado suponga la inmediata instalación física o virtual en los equipos del consumidor y fuera de toda capacidad de influencia posterior por el empresario, la posibilidad de acceso a los productos que requiera el uso normal de los mismos. Algo similar sucede con la continuidad de uso de los contenidos o servicios digitales en cuanto a su importancia y su proyección en el tiempo. Con todo, se debe precisar que no parece que pueda hablarse de falta de conformidad en relación con la accesibilidad o la continuidad cuando surge un fallo de acceso o de continuidad estrictamente puntual y de mínima significación para el consumidor, aun cuando no pudiera probarse que tal fallo obedece a eventos que acaecen en la esfera de control del propio consumidor[99].

La compatibilidad de los productos digitales con el hardware y *software* con los cuales se emplean usualmente es otra vertiente importante de la conformidad en este terreno en cuanto condicionante esencial de la utilización de contenidos y servicios que requieren de un entorno de interactuación para satisfacer al adquirente. En cuanto a la seguridad, presenta en el contexto de los productos digitales manifestaciones diversas: la seguridad en si de lo suministrado, la ausencia de efectos negativos sobre el entorno digital del consumidor y, acaso de forma particularmente destacada, la falta de vulnerabilidades en cuanto a datos e información del consumidor que pudieran verse facilitadas por los contenidos o servicios (ciberseguridad, protección frente a ciberataques o quiebras de la privacidad digital).

La amplitud de la delimitación de propiedades que forman parte de este criterio legal de conformidad no supone que todas las restantes características que puedan ser relevantes para un consumidor o grupo de consumidores deban entenderse englobadas implícitamente en el listado. Me refiero singularmente a la interoperabilidad, que se menciona de manera expresa en el art. 115 bis. a) TRLGDCU como dimensión pertinente de la conformidad si así se ha establecido en el contrato. La interoperabilidad,

99. En el mismo sentido, STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 144; METZGER, A., «§327 e BGB», ob. cit., Rn 35. El Considerando (51) Directiva 2019/770, *a contrario*, permite entender que las interrupciones en el suministro, salvo que sean notables o recurrentes, no dan lugar a falta de conformidad.

que por definición (art. 59 bis.1.ñ) TRLGDCU por contraste con el art. 59 bis.1.c) TRLGDCU) se sitúa más allá del funcionamiento de los productos digitales con los equipos o programas con los que normalmente interactúan o se utilizan, solo tiene sentido como criterio subjetivo de conformidad, en atención a lo pactado. Sería un contrasentido que se pretendiera incluir también dentro de los criterios legales u objetivos al amparo del apartado d) del art. 115 ter.1 TRLGDCU, que está presidido por la aspiración de ajustar la determinación de la conformidad a patrones de normalidad y expectativas razonables del consumidor para el tipo de producto digital de que se trate. Una cierta modalidad de interoperabilidad podría pasar a formar parte del deber de conformidad cuando la misma se desprenda directamente de otro criterio legal de conformidad, como puede ser el de la correspondencia con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio que expresa el apartado b) del art. 115 ter.1 TRLGDCU, pero no como consecuencia del apartado d) de este mismo precepto legal. Ni siquiera atendiendo a las manifestaciones públicas del empresario o de terceros de las que pudiera desprenderse una confianza no irrazonable del consumidor en una alguna variante de interoperabilidad. Otra cosa es que la manifestación pública, por tener carácter publicitario o por ofrecerse como elemento de la información precontractual exigible al empresario, deba considerarse parte del contrato. Entonces esa interoperabilidad pasará a formar parte de la esfera de lo debido en cuanto a la conformidad, pero por exigencias de un criterio subjetivo, no legal.

En segundo término, la previsión legal anuda las distintas dimensiones o características que afectarán a la conformidad a su presencia normal en los bienes o en los productos digitales del mismo tipo que aquel que es objeto del contrato. Subyace aquí también el principio inspirador de los criterios objetivos de conformidad que se conecta con el carácter «mayoritario» del contenido de la regla legal, en este caso, la correspondencia con lo que es habitual para un determinado segmento del mercado (productos digitales de ese tipo) en cuanto a lo que se ofrece y se intercambia en la realidad.

A pesar de que una interpretación literal del precepto español y de sus precedentes en las Directivas gemelas de 2019 pudieran llevar a pensar otra cosa, la referencia a las características que el consumidor pueda razonablemente esperar no debe leerse como una limitación adicional a aquellas que normalmente se hallan presentes en los bienes o productos digitales de la clase de los suministrados en virtud del contrato. La normalidad basta para integrar una característica, y un cierto nivel en la misma, en la determinación legal de la conformidad, sin que sea necesario, además,

acreditar que el consumidor podía legítimamente esperar que la normalidad se plasmaría también en el objeto de este contrato determinado. Las expectativas razonables del consumidor constituyen un expediente de construcción, pero no de restricción del ámbito de lo debido como conformidad de los suministrado.

En cuanto a estas razonables expectativas del consumidor ya se ha señalado cómo el Considerando (46) Directiva 2019/770 apunta a una determinación objetiva y multifactorial, porque ha de tener en cuenta los datos funcionales de los productos digitales (su naturaleza y finalidad), pero también las circunstancias del caso (es decir, los elementos ligados a la contratación concreta) así como a los usos y prácticas de las partes implicadas (los «generales» del sector o entorno, pero también, de haberlos, los específicos a los contratantes, aunque no el acuerdo contractual en cuanto tal). La conexión con la previsión legal de normalidad en la presencia de cualidades y características constituye una indicación adicional de la importancia de los patrones de regularidad y normalidad en atención al tipo de objeto. No se podrán considerar como expectativas fundadas o razonables aquellas que no tengan algún sustento en lo que es habitual y normal en ese segmento del tráfico de productos digitales. Hay, pues, un doble instrumento para poner coto a los sueños de calidad y las imaginaciones desbocadas de los consumidores en cuanto a las prestaciones, rendimientos y utilidades de los contenidos y servicios digitales que se adquieren: la conexión con el parámetro de normalidad y la exigencia en sí de razonabilidad en sentido objetivo a la vista de las circunstancias.

Otra cuestión que merece atención es la atinente a los factores que pueden permitir configurar la expectativa del consumidor que será empleada para definir la conformidad. El precepto español y europeo menciona tan solo dos: la naturaleza de los productos digitales y las declaraciones públicas del empresario o de ciertos terceros. ¿Se debe entender entonces que solo cabría fundamentar una expectativa del consumidor sobre estos factores y no sobre otros? Por ejemplo, ¿qué ocurre con manifestaciones no públicas del empresario –p. ej., dirigidas solo al concreto consumidor–? ¿Y con informes no conocidos públicamente, pero sí por el consumidor, que ponen de relieve ciertas propiedades del bien? ¿Qué pasa con las evaluaciones o recomendaciones que otros usuarios hacen de los contenidos o servicios y que el empresario recoge –o recuerda su existencia–, a pesar de que, en puridad, los usuarios de los mismos productos digitales ni formulan manifestaciones en nombre del empresario ni son personas en fases previas de la cadena de transacciones?

No encuentro razones de funcionalidad de la regla legal de conformidad que abonen la opción favorable a considerar que existiría una estricta restricción *a priori* de los factores que pueden sustentar una expectativa del comprador, dejando fuera todos aquellos distintos a los expresamente mencionados en el texto legal. Otra cosa es que la expectativa del consumidor, para poder servir de pieza delimitadora de la conformidad ha de ser razonable desde la perspectiva de un operador medio del tráfico –no solo del consumidor como sujeto individual– y no resultar «insólito» o fuera de lo normal para el empresario, pues este queda, como es natural, vinculado por el deber de conformidad también respecto de lo que resulte de esa expectativa.

En cuanto a las declaraciones públicas como elemento de configuración de la conformidad, parece que la idea rectora es la vinculación del empresario a declaraciones formuladas con anterioridad a la conclusión del contrato que puedan razonablemente ser entendidas por el público o segmento de este al que se dirigen como caracterizadoras de alguna dimensión o aspecto relevante de los bienes que serán objeto del contrato, dentro del patrón de lo que es normal según el tipo de producto digital. El contraste entre la realidad de lo suministrado y la razonable expectativa del consumidor formada a raíz de las declaraciones antecedentes constituiría falta de conformidad.

En cuanto a qué declaraciones pueden cumplir el papel indicado para construir el deber de conformidad, parece que se ha de entender que la norma española y europea están implícitamente circunscribiéndolas a las que no forman parte del contenido contractual. Ello comprende, desde luego, las dirigidas a destinatarios indeterminados ligados a la actividad de venta del vendedor o al público en general. Creo que no se pueden excluir las dirigidas al potencial contratante siempre y cuando no deban calificarse como parte integrante del contrato (acaso lo normal es que estas declaraciones orientadas específicamente a una contraparte acaben formando parte del contenido contractual).

En cuanto al contenido de las declaraciones, es preciso que se refiera a alguna dimensión relevante de los productos digitales, sea o no de los listados específicamente en el precepto legal. En la doctrina española anterior a las Directivas gemelas de 2019 era habitual señalar en relación con el antiguo art. 116.d) TRLGDCU (que transponía el art. 2.2.d) de la Directiva 99/44) que no debían computarse sino las afirmaciones incluidas en publicidad informativa, no en publicidad persuasiva[100]. Por mi parte, entiendo que la

100. MORALES MORENO, A. M., *La modernización…*, ob. cit., Civitas, Madrid, 2006, p. 262-263; MARÍN LÓPEZ, J. J., «Art. 116», ob. cit., p. 1702.

intencionalidad de la publicidad –que en último extremo es siempre la de incentivar a la adquisición de bienes y servicios– y su naturaleza y credibilidad en si no es realmente lo determinante, pues los consumidores, con frecuencia desconfían o son, al menos, escépticos, acerca de la fiabilidad de los mensajes publicitarios. Lo decisivo es si la declaración es apta para generar en los potenciales destinatarios una representación razonable y fundada acerca de una cierta dimensión relevante de lo que se pone en el mercado. Si es así, que se pueda calificar la publicidad que contiene la declaración como sugestiva o persuasiva no debiera tener mayor trascendencia.

En cuanto a quien ha de ser el autor de la declaración o, al menos, estar detrás de ella, el precepto español y el europeo requieren que procedan del empresario, se realicen en su nombre, o se hagan por otras personas en fases previas a la cadena de transacciones, incluido el productor –del objeto del contrato, si es distinto del empresario–.

Esta delimitación del círculo subjetivo de origen de las declaraciones, en lo que se refiere al empresario o a otro en su nombre, ineludiblemente ha de incluir al empresario como persona física o jurídica, a los representantes orgánicos y voluntarios del empresario, a los auxiliares de este en sentido amplio, esto es, los previstos en el Código de Comercio, pero también a aquellas personas ajenas a su organización, control o dependencia que simplemente desarrollan tareas de marketing, publicidad, comercialización y similares mediante contrato y en interés último del empresario. No se puede entender, por el contrario, que el fabricante del producto, por el hecho de serlo, realice declaraciones en nombre del empresario salvo que se entienda que expresa o tácitamente está realizando actividad publicitaria por encargo y en interés del vendedor. Tampoco parece que se pueda incluir a la plataforma digital que pone en contacto a vendedores y consumidores, salvo que los primeros autoricen a la plataforma a ofrecer sus propios mensajes en relación con los contenidos o servicios digitales que se ofertan a los consumidores a través de la plataforma. Aun menos se puede considerar que las plataformas de búsqueda, aunque ordenen los resultados de la misma por su popularidad, estén realizando declaraciones públicas en nombre del empresario que pone en el mercado contenidos o servicios digitales.

Además de las procedentes del empresario o de quien actúa en su nombre, adquieren relevancia configuradora de la conformidad las manifestaciones públicas de terceros distintos a los anteriores, si se realizan por cualquier persona que haya intervenido en alguna fase previa de la cadena de comercialización, incluyendo al productor de contenidos o servicios

digitales, y ello aun sin encargo o actuación en interés del empresario que pueda atribuirse a ese tercero.

En el círculo de posibles autores de estas declaraciones públicas, dada la amplitud de la delimitación legal, parece que se sí se deben incluir las de las plataformas digitales que operan como mercados en línea y sirven de cauce de interacción contractual entre vendedores y consumidores. El Considerando (18) Directiva 2019/770 menciona a las plataformas en el siguiente sentido: «*Los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales. Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva*».

A pesar de que la Directiva no considera empresario a las plataformas de mercado en línea, salvo que operen como contraparte contractual directa del consumidor, si bien permite a los EEMM (España, como es notorio, no ha dado el paso en el TRLGDCU, ni respecto de los bienes ni para contenidos o servicios digitales) que les atribuyan este carácter, esto no condiciona la calificación de las mismas como personas situadas en fases previas de la cadena de transacciones. Es cierto que la plataforma de mercado en línea no ocupa un escalón anterior en la tradicional cadena de suministro o ciclo de vida de bienes y de productos digitales: fabricante de componentes/desarrollador de una parte del programa, fabricante del bien o producto final, mayorista de comercialización, vendedor final o contraparte directa del consumidor. Pero cabe entender, sin tergiversación del texto legal y de su propósito, que la plataforma opera «antes» del contrato entre empresario y consumidor, porque precisamente organiza y controla el mercado en línea a través del cual entran en contacto aquellos que se convertirán en partes del contrato. Y lo hace, además, fruto de un acuerdo con el empresario cuyos contenidos o servicios digitales se ofrecen a través de la plataforma. Por ello sus declaraciones públicas en cuanto a las características relevantes de los productos digitales han de tomarse en cuenta para construir las expectativas razonables del consumidor que sirven para delimitar la esfera de la conformidad.

Esta interpretación es más difícil en relación con las plataformas de simple búsqueda, pues su papel no es el de organizar y gestionar un mercado online, sino facilitar una herramienta de búsqueda de información (también sobre bienes o productos digitales y sus vendedores o empresarios). Cuanto más genérica y no centrada en un sector de la interacción comercial entre

empresas y consumidores sea la actividad de la plataforma, más difícil será considerarla como alguien que se sitúa en un estadio previo de la cadena de transacciones. También la intención y la virtualidad de influir en la transacción que puedan tener sus declaraciones públicas tendrán repercusión en el resultado de este análisis.

Más compleja aún es la consideración como declaraciones públicas de quien se halla en fase previa de la cadena comercial de las reseñas, comentarios y opiniones de otros usuarios en relación con productos digitales o empresarios que los ofrecen. Si los rankings y valoraciones de los usuarios a los que los nuevos consumidores pueden acceder online ofrecen señales suficientemente fiables de la calidad de una contraparte contractual o un producto digital, nos encontramos ante mecanismos importantes para influir en la contratación en línea. Además, cuanto mayor sea el volumen, variedad, rapidez y disponibilidad de datos sobre los empresarios y sus productos a que los consumidores pueden acceder, mayor será su influencia para mitigar o corregir las asimetrías de información que aquejan a los mercados de consumo.

De hecho, hay nutrida evidencia disponible[101] acerca de cómo distintos mecanismos de valoración de los usuarios y catalogación de los operadores en función de esas valoraciones reduce tanto los problemas de selección adversa como los de riesgo moral, la mayoría de ellos diseñados y puestos en práctica por plataformas digitales[102].

Los datos empíricos, sin embargo, muestran igualmente que los mecanismos de valoración y puntuación por los usuarios –con mayor o menor

101. Hay varios trabajos que sintetizan eficazmente esta evidencia: TADELIS, S., «Reputation and Feedback Systems in Online Platform Markets», *Annual Review of Economics*, Vol. 8: Iss. 1, 2016, p. 321; ROSSI, M., «Asymmetric Information and Review Systems: The Challenge of Digital Platforms», en GANUZA. J. J. y LLOBET, G. (Eds.), *Economic Analysis of the Digital Revolution*, Funcas, Madrid, 2018, p. 47; BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M., «Inside the Engine Room of Digital Platforms: Reviews, Ratings and Recommendations», École d'Économie d'Aix-*Marseille, Working Paper*, N.º 6, 2018, p. 340.

102. Algunos de los estudios más relevantes son: NOSKO, C. y TADELIS, S., «The limits of reputation in platform markets: An empirical analysis and field experiment», *National Bureau of Economic Research Working paper*, No. 20830, 2015; HUI, X., SEEDI, M., SHEN, Z. y SUNDARESAN, N., «Reputation and Regulations: Evidence from eBay», *Management Science*, Vol. 62, 2016, p. 3604; KLEIN, T., LAMBERTZ, C. y STHAL, K., «Market Transparency, Adverse Selection and Moral Hazard», *Journal of Political Economy*, Vol. 124, No. 6, 2016, p. 1677.

intervención de las plataformas y/o los propios empresarios oferentes– se enfrentan a problemas importantes. Los incentivos a valorar y puntuar de los usuarios, la fiabilidad de las valoraciones y rankings, así como problemas de comprensión del significado y trascendencia de las valoraciones por parte de los consumidores son obstáculos relevantes a su eficacia. Así, frecuentemente faltan incentivos para realizar valoraciones informativas, se detectan sesgos en los usuarios que califican: propensión a las valoraciones positivas, inercia para continuar la línea reciente de valoraciones, entre otros. La evidencia empírica concluye que las dinámicas reputacionales que generan los mecanismos de valoración y puntuación por los usuarios tienen gran trascendencia en el funcionamiento de los mercados online de bienes y servicios de consumo[103].

La importancia de esta cuestión para la contratación online es grande, pues. La Directiva 2019/2161, al contrario que las Directivas gemelas de 2019, se ha ocupado en varios preceptos de las valoraciones y recomendaciones[104], aunque sin abordar directamente las repercusiones contractuales que nos ocupan aquí. sí se ocupa de la materia. En primer lugar, incorpora un nuevo apartado 6 al art. 7 de la Directiva 2005/29, relativo a las omisiones engañosas, para indicar: «*Cuando un comerciante facilite el acceso a las reseñas de los consumidores sobre los productos, se considerará esencial la información acerca de si el comerciante garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan a consumidores que hayan realmente utilizado o adquirido el producto*». Y el Anexo I de la Directiva 2005/29, que contiene un listado de las conductas que se consideran en todo caso como prácticas desleales con los consumidores, incluye entre las prácticas engañosas tres nuevas conductas (apartados 11bis, 23 *ter* y 23 *quater*) ligadas a las valoraciones y recomendaciones de los consumidores: facilitar resultados de búsquedas en línea sin revelar si hay publicidad retribuida o cualquier pago ligado a la ordenación de la búsqueda; afirmar que las reseñas de un producto proceden de los consumidores que lo han adquirido sin tomar medidas razonables y proporcionadas para asegurar que ello sea cierto; falsear o distorsionar, directa o indirectamente, las reseñas de los usuarios. Estas medidas sin duda tratan de mejorar el funcionamiento de las valoraciones de los usuarios como herramienta fiable para mejorar

103. Véanse los trabajos recopilatorios de la evidencia empírica disponible citados en la nota 40.

104. Véase, SANTOS PRÍNCIPE, A., «Prácticas desleales con consumidores a través de redes sociales y plataformas web: análisis de las recientes y futuras reformas», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1469 y ss.

la posición informativa de los consumidores, pero no tocan a la proyección contractual de las mismas.

Asimismo, el nuevo art. 6 bis 1. a) de la Directiva 2011/83, añadido por la Directiva 2019/2161, ordena al proveedor del mercado en línea que, antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato celebrado en el mercado en línea, le ofrezca información general, dentro de una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, sobre los principales parámetros que determinan la clasificación y ranking de oferentes así como sobre la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros.

Tan solo hay una previsión que puede tener una indirecta trascendencia contractual en este ámbito: el nuevo art. 11 bis de la Directiva 2005/29, que establece que los consumidores que sean perjudicados por prácticas comerciales desleales –lo que incluye las relacionadas con las valoraciones y reseñas de usuarios que no se ajustan a las exigencias de la Directiva 2005/29– tendrán acceso a medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato. Estas medidas individuales en favor del consumidor perjudicado claramente presentan una dimensión contractual, y en alguna medida emparentada (piénsese en la reducción de precio o la resolución) con algunas de las consecuencias jurídicas que se asocian a la falta de conformidad. cubren las de Derecho de contratos. Con todo, el régimen es bastante incierto y sus efectos concretos se contemplan «cuando proceda», esto es, aparentemente con sujeción a lo que la normativa reguladora de tales remedios establezca. España, finalmente, no adoptó ninguna medida concreta al efecto en el TRLGDCU[105].

105. El Anteproyecto de Ley español para la trasposición de la Directiva 2019/2161 incluía como apartado 3 en el nuevo art. 20 bis del TRLGDCU una reglamentación al efecto: «En caso de comisión de infracciones graves o muy graves de la presente ley, constatadas por resolución administrativa o judicial firme, que hayan podido afectar al cumplimiento del contrato, el consumidor y usuario podrá resolver el contrato, además de obtener una indemnización mínima del veinte por ciento del precio del contrato. Para el resto de infracciones, el consumidor y usuario tendrá derecho a una reducción del precio del contrato de un diez por ciento. Todo ello con independencia de la plena aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el título IV del libro segundo». Finalmente, el RDL 24/2021, de 2 de noviembre, decidió dejar la novedad para mejor ocasión. Sobre estas consecuencias contractuales, véanse, DE ELIZALDE IBARBIA, F., «La Directiva 2019/2021 de modernización del Derecho de Consumo por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales», *Revista de*

En la Directiva 2019/770 (ni en la 2029/771) y en el TRLGDCU no hay indicación alguna acerca de si las valoraciones, reseñas y recomendaciones pueden formar parte de los elementos configuradores de las expectativas razonables de los consumidores sobre las propiedades de los productos digitales objeto del contrato[106].

De hecho, parecerían quedar fuera del tenor de las disposiciones legales que se ocupan de la conformidad en relación con declaraciones públicas. Por un lado, como declaración de terceros, parece que los consumidores no se insertan en «fases previas de la cadena de transacciones», son simplemente actores en otras transacciones anteriores e independientes, con el mismo empresario o sobre contenidos o servicios digitales semejantes. Esto las dejaría, en principio, fuera del alcance de la norma. Por otro lado, parece que el tratamiento de estas reseñas y opiniones como declaraciones de tercero en la cadena de transacciones pudiera dejar al empresario relativamente desasistido cuando este no puede corregir o rectificar tales valoraciones aun no queriendo verse vinculado con ellas, pues no podría hacerlo (o solo de manera muy imperfecta y no necesariamente informativa para los futuros consumidores) si las opiniones están, por ejemplo, en una página web ajena al empresario –o, incluso, al fabricante o productor de los contenidos o servicios digitales–.

Se podría acaso pensar que cuando la contratación digital de los productos digitales es organizada por el propio empresario (entre otras, mediante página web propia) y no se realiza a través de una plataforma organizada por un tercero, y en el seno de aquella se insertan las opiniones y valoraciones de los usuarios, cabría pensar que entonces están «controladas» por el empresario y su contenido se le podría atribuir. En otras palabras, se podrían calificar de declaraciones «del empresario o en su nombre». Con

---

Derecho Civil, N.º 4, 2021, p. 47; CASADO NAVARRO, A., «Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores», *La Ley mercantil*, N.º 88, 2022, p. 2 y ss.; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E., «Consideraciones sobre las prácticas desleales y sus efectos en los contratos celebrados por el consumidor a raíz de las recientes reformas de la Ley de Competencia Desleal y del Texto Refundido de Consumidores y Usuarios» en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 609 y ss.

106. Se destaca esta carencia en las Directivas gemelas de 2019 en GÓMEZ POMAR, F., «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dir.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 537 y ss.

todo, esto no es del todo seguro, y podría suponer un desincentivo para que el empresario promoviera de manera limpia y transparente un entorno digital en que la información a futuros consumidores se incrementa a través de las valoraciones usuarios previos. Así, un empresario vería incrementado su nivel de exposición a la responsabilidad por falta de conformidad aun cuando estuviera cumpliendo de forma exquisita con las exigencias de la normativa sobre prácticas desleales[107].

Por mi parte, creo que, dada su trascendencia en el comercio *online* (de productos digitales, pero también de bienes), resulta frustrante dejar completamente fuera de la esfera de la conformidad el juego y la influencia de las valoraciones y reseñas de los usuarios. Creo que su consideración se puede canalizar por la vía de entender que las legítimas y razonables expectativas de los consumidores ligadas a la naturaleza del producto y a las declaraciones aptas a influir a los consumidores futuros, aun cuando el origen de las manifestaciones no pueda reconducirse estrictamente al empresario, a quien actúa en su nombre, o a los operadores de fases previas de la cadena de transacciones. Evidentemente, esta relevancia ha de sujetarse siempre al patrón de normalidad y, en el caso, de las valoraciones y reseñas de los usuarios, a un tratamiento objetivo y ecuánime del conjunto de las mismas. Lo que no puede hacer un consumidor insatisfecho es agarrarse a una valoración extravagantemente elogiosa del contenido o servicio para reclamar por falta de conformidad. No se puede pedir a los empresarios que se dediquen a corregir a la baja las valoraciones de los usuarios entusiastas so pena de verse expuestos a mayores responsabilidades, incluso aunque esas valoraciones se contengan en su propia página o entorno de contratación digital. Basta con que se asegure que las valoraciones son reales, de genuinos consumidores, y no distorsionadas.

En cuanto a la forma o modo de expresión, así como al carácter público de las declaraciones que han de comprenderse en la previsión del apartado d) del art. 115 ter.1 TRLGDCU, además de la publicidad o el etiquetado, que son expresamente mencionados, también pueden contenerse en cualquier

107. Desde luego, si esas exigencias se incumplen, por ejemplo a través de reseñas falsas, no procedentes de verdaderos usuarios del producto, o sesgadas *ex* profeso por el empresario («premiando» al consumidor que deja una valoración alta pero no si la valoración es neutra o negativa), habría una práctica comercial desleal, que además de sus efectos como tal podría (y tal vez debería) generar consecuencias contractuales, aun cuando estas son bastante inciertas en Derecho español. Sobre la ilicitud de las valoraciones incentivadas, con dudas sobre su calificación, SANTOS PRÍNCIPE, A., ob. cit., p. 1476-1477.

clase de mensaje o forma de comunicación hacia el público: piénsese en una entrevista televisiva del productor, o en la información que contiene la página web del productor o del empresario.

La vinculación del empresario a las declaraciones públicas cesa en cualquiera de tres circunstancias, contempladas explícitamente en la norma española y europea (y que tienen como precedente directísimo lo que disponía el art. 2.4 de la Directiva 99/44).

En primer lugar, no queda obligado el empresario si desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración potencialmente generadora de una expectativa del consumidor apta a determinar una falta de conformidad si no se satisface por el producto digital suministrado. Parece que esta circunstancia eximente de vinculación del empresario debe circunscribirse a las declaraciones de otros eslabones en la cadena de distribución de los bienes, pero no tendría eficacia en relación con las declaraciones propias del empresario o de otras personas que las han emitido en su nombre o actuando por su encargo o desempeñando tareas encomendadas por el empresario. La admisión de la exclusión de vinculación en este caso nos colocaría cerca de legitimar una *protestatio facta contraria*.

Esta exclusión no se funda únicamente en el desconocimiento de la declaración de otros, es preciso que el empresario pueda acreditar que utilizando la diligencia exigible no hubiera podido conocer la existencia y alcance de las declaraciones públicas referidas a los productos digitales que pone en el mercado. La doctrina alemana señala que el estándar de diligencia aplicable en cuanto al conocimiento de la manifestación pública ajena es la culpa simple[108]. el comprador conozca o pueda razonablemente conocer la incorrección.

La segunda circunstancia excluyente de la falta de conformidad reside en la rectificación o corrección de las manifestaciones públicas, comunicada del mismo o similar modo que ellas. Como es lógico, no basta la acreditación de la corrección efectuada, es preciso que la modificación o rectificación de la declaración inexacta o errónea fuera cognoscible por quienes fueron destinatarios de la manifestación originaria. La rectificación puede proceder materialmente de cualquiera, no solo del empresario, siempre y cuando la rectificación tuviera virtualidad correctora a ojos de los destinatarios de la declaración previa y de la rectificatoria –por ejemplo, su origen está en el

108. WESTERMANN, H.–P., § 434, ob. cit., Rn 33; LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin– Munich, 2006, p. 17.

autor de la primera declaración, que era el productor o un comercializador distinto–. Debe exigirse que la rectificación se produzca de forma equivalente o al menos similar a la originaria, en cuanto al alcance, medio de comunicación o difusión y otras circunstancias de la manifestación No es preciso, por contra, que haya una desautorización explícita del mensaje inicial, sino que basta su corrección. Desde luego, no es necesaria la retirada de los productos digitales con la declaración previa que ha debido ser objeto de corrección.

La última circunstancia se refiere a que la manifestación no pudiera haber influido sobre la decisión de adquirir el producto digital. En principio ello se debe entender en el sentido de ser irrelevante la corrección o incorrección de la declaración pública, por carecer de influencia causal en el proceso de decisión del consumidor sobre la adquisición de los contenidos o servicios digitales. Se puede hablar de irrelevancia cuando el consumidor no recibió la manifestación o no tuvo acceso a ella, no podía entenderla por razón de lengua o exigencias de comprensión o simplemente porque no confió en ella, no le pareció importante o ya estaba comprobadamente adoptada la decisión de adquirir con anterioridad al eventual acceso a la declaración previa. En el caso de declaraciones dirigidas especialmente a un grupo restringido de consumidores, parece que las circunstancias subjetivas de este o estos deben ser valoradas a estos efectos. En caso de declaraciones dirigidas al público en general, una consideración de lo que es idóneo en abstracto para influir sobre la población de consumidores parece más adecuado, pues en relación con los mensajes dirigidos al público atender a las múltiples circunstancias individuales o incluso de ciertos grupos determinados trae consigo costes e incertidumbres excesivas en cuanto al resultado del enjuiciamiento de esta circunstancia para la conformidad. Por ello, es dudosa la relevancia práctica de esta circunstancia exoneratoria del empresario.

Puede surgir alguna duda acerca de si la prueba de que el consumidor no había confiado en la fiabilidad de la declaración pública que luego se ve defraudada por el producto digital, por ser poco creíble o palmariamente exagerada o infundada. Creo que esta posibilidad debiera, en principio, rechazarse, aun cuando se asumiera –lo cual dista de ser evidente– que en esta sede hay deberes de autoprotección del consumidor. No parece que tenga sentido que el régimen de conformidad deba incentivar a que los empresarios u otros agentes en las cadenas de suministro a mensajes infundados sobre sus bienes confiando en que los consumidores atentos ya pueden descubrir su incorrección. A esta razón general se anuda ahora el mayor rigor en la exclusión de requisitos objetivos de conformidad que las Directivas gemelas de 2019 han introducido en la materia, apartándose

conscientemente del régimen más laxo (en el que bastaba que el consumidor no pudiera fundadamente ignorar el defecto o discrepancia negativa entre lo debido y lo suministrado). En este sentido, una admisión de virtualidad exoneratoria ligada al carácter no creíble o fácilmente discernible de las declaraciones públicas podría servir para debilitar una de las apuestas más claras del nuevo régimen europeo de conformidad para ampliar la protección del consumidor.

2.5. La vertiente dinámica: las actualizaciones necesarias para la conformidad

Una de las novedades más celebradas[109] de la Directiva 2019/770 (y de la Directiva 2019/771 por lo que toca a los bienes con elementos digitales) es la previsión expresa de reglas relativas a las actualizaciones de los productos digitales en sede de deber de conformidad. Estas disposiciones no cuentan con precedentes en la Directiva 99/44, el DCFR y el CESL y ni siquiera en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea.

Entre los requisitos objetivos de conformidad –al final de este apartado se hace alguna consideración sobre los criterios subjetivos ligados a las actualizaciones– se incluye ahora la comunicación y suministro al consumidor de las actualizaciones necesarias para mantener los productos digitales adquiridos como conformes durante determinados períodos y con ciertas condiciones.

El objetivo de este criterio legal de conformidad –actualizaciones necesarias para mantener la conformidad– parece ser, por tanto, el de operar como instrumento auxiliar o complementario al servicio de los restantes criterios objetivos que la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU despliegan para regular de forma intensa –pero no totalmente fija e inamovible, como se podrá comprobar cuando se examine el art. 8.5 Directiva 2019/770 y el art. 115 ter.5

109. WENDEHORST, C., «The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Smart Products. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2022, p. 63 la califica como la innovación más importante de las Directivas de 2019. Por su parte, LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D., «"Smart Products» – A Focal Point for Legal Developments in the Digital Economy», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Smart Products. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2022, p.16, la consideran un elemento central de la conformidad tras las Directivas gemelas aprobadas en 2019.

TRLDCU– el ámbito del deber de conformidad frente a los consumidores de productos digitales. Sería un error, sin embargo, considerar por ello que se trata de un papel subordinado o de mero apoyo de otros criterios legales que contendrían la sustancia normativa en cuanto a la construcción del ámbito de la conformidad. Tampoco es un simple *aggiornamento*, una mano de barniz con tintes de avance tecnológico a lo que serían los requisitos tradicionales de la conformidad heredados en buena medida de la Directiva 99/44.

La principal contribución de las exigencias legales en materia de actualizaciones de los productos digitales se conecta con la dimensión diacrónica, o dinámica, si se prefiere, que el legislador europeo y español introducen en el régimen de la conformidad. Por la vía de las actualizaciones se garantiza que el deber de conformidad no se agota en el momento inicial del suministro, sino que se proyecta hacia el futuro a fin de conseguir que la conformidad se mantenga durante el período contratado o durante el tiempo que el consumidor puede razonablemente confiar en que los productos digitales adquiridos seguirán siendo conformes. En relación con los contratos sobre contenidos o servicios digitales (de manera similar, con los bienes con elementos digitales) el deber de conformidad se transforma en un deber duradero, extendido en el tiempo, al servicio de la satisfacción del consumidor con la utilización de lo adquirido por el tiempo contratado o que legítimamente cabe esperar[110]. Esta virtualidad de la conformidad estaba ausente –aunque no le sea repugnante o contradictoria– en la configuración tradicional de la conformidad (piénsese en el CVCIM), incluso en la que se proyecta, con una componente de protección acentuada, sobre la contratación de consumo (Directiva 99/44).

Esta dimensión añadida de la conformidad es particularmente relevante para los productos digitales así como para aquellos bienes con elementos digitales relevantes en cuanto a su funcionalidad y rendimiento. Es cierto que casi todos los entes susceptibles de ser objeto de contrato no son fijos o inmutables. No permanecen invariables entre el momento en que se surgen y el momento en que son objeto de intercambio contractual. En ese sentido, la dimensión temporal de la falta de conformidad es importante cualquiera que sea el objeto del contrato. Sin embargo, en relación con cierto número de bienes objeto de contrato, el tiempo relevante de variación se comprime y se reduce a un lapso temporal breve en el que la evolución dinámica de las vicisitudes que pueden afectar a la utilización por el adquirente tiene una trascendencia limitada. Pero en relación con los contenidos y los servicios

110. SCHULZE, R., «European Contrat Law…», ob. cit., p. 99.

digitales, dada su naturaleza no consumible y su facilidad de almacenamiento y de reutilización en distintos momentos, el aspecto diacrónico cobra especial significado.

El aspecto temporal se convierte, con escasa sorpresa, en decisivo en lo que toca a las actualizaciones, aunque no sea el único elemento reseñable del nuevo régimen jurídico europeo y español sobre productos digitales.

A estos efectos, el régimen legal europeo y español se proyecta de manera diferenciada sobre los contratos que comportan un acto de suministro único o un conjunto de actos de suministro separados en el tiempo y en relación con aquellos que suponen el suministro continuo de los contenidos o servicios a lo largo de un período de tiempo, bien sea este definido o limitado *a priori* o quede este indefinido inicialmente[111]. A la primera categoría correspondería la adquisición puntual de un contenido de entretenimiento a través de un proveedor online de contenidos, o de un programa de ordenador para determinada finalidad del consumidor. A la segunda pertenecería la suscripción a una plataforma de contenidos, a un servicio de comunicación digital, a una red social o la contratación de un servicio de almacenamiento de datos en la nube[112].

En relación con la primera clase de contratos, la obligación relativa a las actualizaciones alcanza (art. 115 ter. 2.a) TRLGDCU, art. 8.2.b) Directiva 2019/770) al tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta de los contenidos o servicios objeto del contrato y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato. Para la segunda, la previsión legal remite [(art. 115 ter. 2.b) TRLGDCU, art. 8.2.a) Directiva 2019/770)] al período de tiempo en que deben suministrarse de manera continuada los productos digitales según el contrato (el plazo determinado o el tiempo indefinido para ese suministro).

El segundo de estos períodos es relativamente sencillo de apreciar, pues basta observar el plazo de duración para el suministro continuado previsto contractualmente o, *a posteriori*, comprobar la duración efectiva del contrato de suministro continuo pactado por tiempo indefinido. Es de resaltar que, a diferencia de lo que hacen los arts. 7.3.b) y 10.2 Directiva 2019/771, que establece para los contratos de compraventa de bienes con elementos digitales un mínimo de dos años (tres en los arts. 115 ter.2. b), 2.º inciso y 120. 2

111. WENDEHORST, C., ob. cit., p. 63 y ss.

112. Los Considerandos (56) y (57) Directiva 2019/770 proporcionan ejemplos y ofrecen criterios de delimitación de ambas categorías de contratos.

TRLGDCU) para esta fijación temporal impuesta a las actualizaciones para los casos en que el plazo contractual acordado fuera inferior, la Directiva 2019/770 no ha fijado mínimo alguno, por lo que prevalecerá en todo caso la duración inicialmente pactada o realmente ocurrida.

La primera de las delimitaciones temporales tocante a las actualizaciones, la relativa a los contratos de suministro único o varios suministros separados en el tiempo, requiere un esfuerzo considerablemente mayor para su fijación. Se requiere un análisis sobre las expectativas razonables del consumidor a la luz de un cierto número de factores: tipo y finalidad de los productos digitales, así como las circunstancias y la naturaleza del contrato. Aquí sin duda es de aplicación lo indicado por el Considerando (46) Directiva 2019/770, que enfatiza la naturaleza objetiva de la determinación de las expectativas razonables y la atención que se ha de prestar a los usos y prácticas de las partes implicadas, lo que engloba –creo– no solo las pautas previas de interacción entre los contratantes, sino también los usos asentados en el sector o el mercado en general. En buena medida, este claro mensaje del legislador europeo, unido a la vía de ampliación de la perspectiva que el propio tenor literal de la norma europea y española («teniendo en cuenta las circunstancias») abre al conjunto de factores relevantes para el juicio de las expectativas razonables en esta materia, priva de gran parte de su relevancia al posible debate sobre el carácter abierto o cerrado de la lista de factores contenidos en la previsión normativa. Parece claro será muy difícil excluir cualquier factor que no sea manifiestamente extravagante de aquellos que pueden sustentar de manera objetiva la determinación de la duración del mantenimiento de la conformidad vía actualizaciones que el consumidor del producto digital pueda razonablemente aguardar.

Si es relevante, sin embargo, la relación de esta determinación temporal con el plazo de garantía o responsabilidad (o como lo denomina el TRLGDCU, para la manifestación de la falta de conformidad) que señalan el art. 11.2.II Directiva 2019/770 (no inferior a dos años) y el art. 120.1 (dos años), a contar desde el acto de suministro relevante, para los contratos sobre contenidos o servicios digitales que supongan un único acto de suministro o un número de actos separados de suministro. Una parte de la doctrina[113] se manifiesta decididamente en favor de la posibilidad de que las expectativas razonables sobre duración del mantenimiento de la conformidad por medio

113. STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 159; METZGER, A., «§327 f BGB», ob. cit., Rn 11; WENDEHORST, C., ob. cit., p.78, indicando que esto será más probable cuanto mayor sea el precio del producto digital.

de actualizaciones exceda del plazo de garantía, expandiendo por esta vía la vigencia temporal del deber de conformidad del empresario en relación con los productos digitales que suministra. Otro sector, por el contrario, se pronuncia en sentido opuesto[114] y entiende que la obligación de suministrar actualizaciones para mantener el producto digital en la conformidad requerida no puede prestar relevancia a las pérdidas de conformidad que se materialicen tras la extinción del período de garantía. Esto no excluiría que la obligación de suministrar la actualización «restauradora de la conformidad» pueda extenderse más allá del plazo de garantía, pero siempre y cuando que la falta de conformidad que la actualización vendría a evitar o recomponer se hubiera dado (no en potencia, sino en acto) antes de la expiración de ese plazo.

Es cierto que el Considerando (47) Directiva 2019/770 parece bendecir la primera postura, al expresar que «[.] *el período durante el cual deben facilitarse actualizaciones al consumidor podría ser igual al período de responsabilidad por falta de conformidad*[115] *o ampliarse más allá del mismo, que podría ser el caso, en particular, de las actualizaciones de seguridad*».

El argumento con apoyo en el Considerando (47) acaso es válido en sede de la Directiva 2019/770, en el que el plazo de garantía no viene impuesto por el legislador europeo, sino que se limita, en caso de que el legislador nacional quiera fijar plazo para los contenidos o servicios digitales que se suministran mediante acto único o serie de actos separado, a establecer un mínimo a ese plazo, concretamente dos años. Pero en sede del TRLGDCU el razonamiento es más difícil, pues el legislador español, presuntamente con conocimiento de sus consecuencias y derivaciones también en materia de plazo de actualizaciones para mantener la conformidad en esta clase de contratos sobre productos digitales, ha optado por imponer un plazo terminante de dos años. No parece, entonces, que quepa obligar al empresario a seguir enviando actualizaciones para evitar la pérdida de conformidad del producto digital una vez que ha transcurrido ese plazo de garantía conscientemente señalado por el legislador español.

---

114. BEALE, H., ob. cit., p. 99; LETE ACHIRICA, J., «Art. 115. Conformidad…», ob. cit., p. 1678.

115. Es de resaltar que el Considerando (47) Directiva 2019/770 omite la referencia del Considerando (37) Directiva 2019/771, en el sentido de que el período que razonablemente se puede esperar por el consumidor normalmente será al menos tan extenso como el plazo legal de garantía. Ello ha llevado a cierta doctrina a negar que se pueda presumir que el plazo legal de garantía es el que cabe razonablemente esperar: METZGER, A., «§327 f BGB», ob. cit., Rn 11.

En puridad, lo que es criticable no es que se marque un límite temporal a la obligación de seguir suministrando (sin coste para el consumidor) actualizaciones precisas para mantener las prestaciones o calidades en los productos digitales durante el período en que se pueda esperar que se van a mantener intactas esas prestaciones. Desarrollar actualizaciones ante nuevos retos o problemas que pueden afectar a productos digitales ya introducidos en el mercado es costoso y los nuevos problemas y los costes de solucionarlos no siempre son fácilmente predecibles en el momento de sacar los productos al mercado. Ello apunta a una cierta prudencia a la hora de extender la vigencia temporal de esta obligación prolongada y duradera de ofrecer las actualizaciones para mantener la conformidad.

Lo que tal vez no tiene demasiado sentido es establecer un plazo de garantía corto (dos años[116]) como ha hecho el legislador español para los contenidos o servicios cuyos contratos prevén acto único o distintos actos separados de suministro. De hecho, el plazo más corto que podía establecer sin vulnerar el Derecho de la UE. Precisamente en relación con un objeto de contrato que por su naturaleza digital, es un bien de información no rival en el consumo y que no se deteriora, se desgasta o se deprecia con el uso o con el tiempo y que no puede ser fácilmente perturbado por utilizaciones inadecuadas por parte del consumidor. Como bien apunta la Directiva 2019/770, es este precisamente un entorno en el que los plazos de garantía no están llamados a jugar un papel positivo en relación con la conducta del adquirente una vez producida la entrega o suministro.

En todo caso, por discutible que sea la opción del legislador español, el resultado está fuera de discusión, también en relación con la obligación de suministro de actualizaciones.

Desde luego, no cabe duda de que el período correspondiente a las expectativas del consumidor puede ser inferior al de la garantía legal[117].

---

116. Es llamativa la actitud timorata del legislador español en cuanto a este plazo. La Directiva 2019/770 no imponía plazo a los EEMM y tan solo exigía que, de haberlo, y había de ser al menos igual a dos años. El TRLGDCU ha decidido imponer plazo y situarlo en el mínimo admisible por la Directiva 2019/770. Lo mismo ha hecho el CCCat: art. 621-73.2.
Curiosamente, en relación con los contratos sobre bienes, el legislador español (tanto el del TRLGDCU como el del CCCat) ha ido más allá del plazo marcado por el art. 10.2 Directiva 2019/771 y ha aprovechado la oportunidad expresamente concedida a los EEMM de ampliar el plazo de garantía para la compraventa de bienes de consumo, incluidos aquellos con elementos digitales.

117. METZGER, A., «§327 f BGB», ob. cit., Rn 11; WENDEHORST, C., ob. cit., p.78.

Por lo que se refiere al contenido y alcance de la obligación del empresario de comunicar y suministrar las actualizaciones exigidas por la norma, me ocuparé en primer lugar de que las actualizaciones han de proporcionarse por el empresario sin exigir contraprestación alguna, sea en dinero o sean en datos[118]. Ni siquiera aunque se trate de revestir de compensación de costes por el desarrollo o la puesta a disposición de la actualización.

Naturalmente, la cuestión relativa a qué actualizaciones se extiende la obligación es decisiva. Tal y como resulta del tenor literal, se comprenden en la obligación del empresario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad. Esta forma de delimitar el ámbito de la obligación deja fuera aquellas actualizaciones que mejoran la funcionalidad y prestaciones, pero sin las cuales los productos digitales no dejarían de resultar conformes según los criterios objetivos y subjetivos que determinan la conformidad. El núcleo de esta determinación viene dado por la prueba de la falta de conformidad en ausencia de una cierta actualización.

Este, a su vez, se descompone en dos. Primero, que se produzca (o sea inminente o virtualmente cierta) una falta de conformidad dentro del período relevante: toda la duración del contrato de suministro en los contratos de suministro continuo; dos años desde el suministro que proceda en los contratos con acto único de suministro o varios actos separados. A estos efectos, solo el consumidor en el contrato de suministro continuo se ve favorecido por las reglas sobre carga de la prueba del art. 121 TRLGDCU (art. 12 Directiva 2019/770), pues en estos contratos la existencia de falta de conformidad se presume –salvo prueba en contrario del empresario– si se manifiesta la falta de conformidad en cualquier momento dentro del período de suministro continuo. En el caso de suministro único o en actos separados, la presunción legal no comprende la existencia de falta de conformidad, sino solo, acreditada la misma dentro del período de un año desde el suministro, la concurrencia de esa existencia en el momento del suministro relevante. Como, por hipótesis, estamos aquí ante una obligación de «mantenimiento de la conformidad» y no de concurrencia de conformidad o no al momento del suministro del producto digital, el consumidor no se beneficiaría de esta inversión de la carga de la prueba, al no alcanzar el hecho presunto que fundamentaría su pretensión.

Es importante resaltar que el problema de conformidad que la actualización vendría a abordar puede haber surgido en cualquier momento dentro

118. METZGER, A., «§327 f BGB», ob. cit., Rn 7.

del período relevante descrito más arriba. No es necesario que concurriera en algún momento concreto del mismo y es irrelevante que sea un «riesgo de desarrollo», por tomar prestada la nomenclatura del Derecho de responsabilidad de producto. Si un cierto programa es perfectamente seguro en el momento de su suministro –en acto único– al consumidor, pero 18 meses después, un avance técnico determina una vulnerabilidad o brecha de seguridad que no existía 18 meses atrás, la obligación del empresario entraría en juego. Con la obligación de proporcionar actualizaciones no se trata de recuperar la conformidad inicial, sino de mantener de manera exacta y perfecta la conformidad durante todo el tiempo en que la obligación de actualizaciones del empresario está en vigor.

El segundo elemento del requisito central para la obligación del empresario tiene que ver con la aptitud de una actualización para hacer efectivo el mantenimiento o restauración de la conformidad. Si una actualización realmente existente y accesible en el mercado tiene esta eficacia, la acreditación no plantea demasiadas dificultades y de manera rotunda la obligación del empresario alcanzaría semejante actualización. mayores dudas se plantean si no se ha creado o desarrollado una actualización capaz de conjurar, por ejemplo, una nueva vulnerabilidad de seguridad que ha surgido como consecuencia de ciertos desarrollos tecnológicos posteriores. ¿Incumple su obligación de proporcionar las actualizaciones pertinentes para el mantenimiento de la conformidad el empresario que no la suministra porque, simplemente, no existe? Creo que la obligación del empresario en materia de conformidad no es de conducta o medios, sino de resultado, por lo que al no haberse mantenido la conformidad, será responsable frente al consumidor de la falta de esta[119]. La responsabilidad por falta de conformidad, desde luego, no se limita a los casos en los que el empresario no proporciona la actualización, sino también aquel en el que la actualización suministrada no es capaz de eliminar por completo la falta de conformidad que aquella estaba llamada a reparar o evitar[120].

Evidentemente, lo anterior no es aplicable sin más a la obligación de comunicar las actualizaciones que mantengan la conformidad, pues no cabe comunicar lo que no existe. Este deber de comunicación debe de concebirse como uno de pronta notificación de las actualizaciones disponibles –no solo las desarrolladas por el empresario, desde luego: todas las razonablemente presentes en el mercado– para mantener en conformidad los productos

119. En el mismo sentido, STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 155.
120. WENDEHORST, C., ob. cit., p.75.

digitales. La comunicación ha de ser específica, no basta una genérica y anticipada en el momento de celebración del contrato[121]. En cuanto a lo demás, el precepto europeo (y sus transposiciones en España) no aclaran demasiado por lo que se refiere al alcance, tono, momento, extensión y demás circunstancias atinentes a la información. Se ha suscitado en la doctrina la cuestión de si la información puede ofrecerse a través de un hipervínculo que obligaría al consumidor realizar el esfuerzo adicional de clicar y acceder a otra ventana para obtener la información pertinente. Pese a las reticencias doctrinales al respecto[122], creo que es arriesgado ofrecer una respuesta definitiva que no atienda al conjunto de circunstancias y, en particular, a la evidencia de si el obstáculo que supone el hipervínculo efectivamente tiene trascendencia a efectos de la obtención de la información por el consumidor, dado que es esta la finalidad de la obligación informativa que pesa sobre el empresario.

En relación con las actualizaciones, el mantenimiento de la conformidad de los contenidos y servicios digitales requiere que las actualizaciones pertinentes para ese fin sean instaladas, y que lo sean, además, de manera correcta, por el consumidor. El Considerando (47) Directiva 2019/770 expresa con claridad el principio de que el consumidor ha de ser plenamente libre de instalarlas o no. Naturalmente, la falta de instalación por el consumidor de una actualización debidamente proporcionada por el empresario, y acompañada de la información correspondiente a la misma, a las consecuencias para la conformidad de la ausencia de instalación y a cómo proceder a esta, no puede perjudicar al empresario que ha cumplido su obligación de mantener los productos digitales en conformidad a través de la puesta a disposición de las actualizaciones correspondientes.

Por ello, el art. 115 ter.3 TRLGDCU (siguiendo al art. 8.3 Directiva 2019/770) se ocupa de los efectos de la falta de instalación de las actualizaciones por el consumidor. La consecuencia es la esperable: decaerá la responsabilidad del empresario por la falta de conformidad que la actualización hubiera venido a evitar. Para esta consecuencia, la norma europea y española establecen condiciones rigurosas.

La primera es que el empresario hubiera informado al consumidor acerca de la existencia y disponibilidad de una cierta actualización, así como de la trascendencia de no instalar la actualización para las propiedades, las

121. METZGER, A., «§327 f BGB», ob. cit., Rn 20; WENDEHORST, C., ob. cit., p. 82.
122. STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 164; PANA ARNALDOS, M. C., ob. cit., p. 529.

funcionalidades o el uso de los productos digitales que fueron objeto del contrato. No especifican las disposiciones legales relevantes la antelación de la información ni el grado de concreción o detalle de esta. Parece que no se puede ir más allá de advertir que deben ser suficientes y suficientemente tempestivas para permitir a un consumidor razonable actuar debidamente en cuanto a la instalación de la actualización. No tiene que venir acompañada de alarmas exageradas ni tampoco ofrecer un largo período de reflexión al consumidor, aunque sus características deben ser proporcionadas, qué duda cabe, a la gravedad de los efectos que pueden resultar de la omisión de la instalación.

La segunda se refiere a que las instrucciones de descarga, acceso e instalación relativas a la actualización deben ser correctas y no deficientes. Esto significa que han de permitir a un consumidor del perfil esperable para el tipo de producto digital de que se trate proceder de manera razonablemente rápida, y sin molestias o costes reseñables a completar con éxito la instalación. Ello no excluye que, si fuera necesario, la instalación suponga cierto conocimiento especial, determinadas habilidades superiores a las esperables, o traiga consigo demoras o molestias de cierta significación. En estos casos, parece que el empresario debiera no solo proporcionar la actualización y las instrucciones para realizar la instalación, sino también facilitar la asistencia para una satisfactoria y completa instalación.

Adicionalmente, es preciso que el consumidor haya dejado de proceder a la instalación dentro de un plazo razonable tras haber recibido de manera completa la información necesaria para llevar a efecto la instalación. El plazo no permite *a priori* una fijación precisa, pero a salvo casos en los que la urgencia haya sido debidamente resaltada en las comunicaciones del empresario, una interpretación laxa debe entenderse preferible (en general los consumidores son reacios a instalar actualizaciones y una cierta inercia o pasividad racional es esperable de los consumidores). Evidentemente, la omisión de la instalación presupone que la información y el acceso a la actualización han sido debida y claramente proporcionados por el empresario o por alguien que actúan por su cuenta.

Finalmente, en cuanto al alcance de la responsabilidad que decae si el consumidor omite proceder a instalar la actualización, los preceptos en la materia la circunscriben a la falta de conformidad que estuviera causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización. El adverbio suscita alguna duda, pues parecería reducir el efecto de la instalación omitida a aquellos resultados contrarios a la conformidad respecto de los cuales la inaplicación de la actualización fuera condición necesaria y suficiente.

Muchas actualizaciones lo que hacen es reducir el riesgo de que la presencia de ciertos eventos o factores reduzcan la funcionalidad, la seguridad o las prestaciones de un producto digital. No se deberían excluir del alcance de la norma estas consecuencias, aunque existan factores concomitantes en el resultado indeseado, siempre y cuando se pueda acreditar que la actualización es eficaz en términos de reducir el riesgo de no conformidad que se viene luego a materializar.

Las páginas anteriores pretenden sintetizar el régimen de las actualizaciones como integrantes de los criterios legales u objetivos de la conformidad de los productos digitales. Como los restantes criterios de esta naturaleza, están sujetos, por lo que toca a su exclusión, a los rigurosos requisitos que se examinan en la siguiente subsección.

Finalmente, una breve referencia a las actualizaciones que contribuyen a la determinación de la conformidad en cuanto que pactadas entre las partes y, por tanto, formando parte de los requisitos subjetivos de conformidad. Aquí, la fuente de la obligación de proporcionar actualizaciones es directamente el acuerdo contractual. Por tanto, es este el que ha de regir la obligación tanto por lo que se refiere a la duración de la obligación –en este sentido, no necesariamente ha de ligarse a la modalidad de suministro, continuada en el tiempo o única o de ejecución periódica–, al propósito de las actualizaciones –no se limitan a las necesarias para el mantenimiento de la conformidad, sino que pueden comprender *upgrades*, incluso nuevas versiones– como a los rasgos del proceso de instalación de actualizaciones. *a priori*

2.6. El riguroso esquema de exclusión de los criterios objetivos de conformidad

El art. 115 ter.5 TRLGDCU[123] (que transpone el art. 8.5 de la Directiva 2019/770) contiene el régimen de la exclusión por acuerdo de las partes de los criterios objetivos de conformidad que se contienen en los números 1 y 2 del precepto del TRLGDCU (al igual que del precepto de la Directiva 2019/770 del que procede la disposición española).

En este campo se ha producido una cesura perceptible en el Derecho europeo sobre la conformidad en la contratación de consumo. La Directiva 99/44 (art. 2.3) se articulaba sobre un principio de conocimiento actual o

123. La norma paralela en el CCCat es el art. 621-20.4, por remisión del art. 621-71.

debido del consumidor: no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo. El cambio de orientación en esta materia se debe al CESL.

El CESL altera de manera importante la perspectiva anterior, y no solo para la compraventa de consumo. Separa de manera clara el régimen de la compraventa de consumo de la compraventa entre empresarios. Para la segunda, en el art. 104 establece que el vendedor no responderá ante el comprador de una falta de conformidad –obedezca esta a discrepancia con los criterios objetivos o los pactados– que fuera conocida o hubiera debido conocerse por el comprador al tiempo de celebrar el contrato. Para los consumidores, por contra, abandona decididamente el criterio general del conocimiento, directo o debido, y lo reemplaza en el art. 99 por uno basado en el consentimiento y la aceptación: para que una discrepancia entre el bien vendido y los criterios supletorios de conformidad no dé lugar a una falta de conformidad y la subsiguiente responsabilidad del vendedor, es preciso no solo que el consumidor conozca específicamente la situación y condición del bien, sino que acepte que se hallan conformes con el contrato en el momento de concertar este. El propio CESL, sin embargo, contiene una excepción a este esquema, pues para la falta de conformidad derivada de derechos o pretensiones de propiedad intelectual o industrial (no para otra clase de faltas de conformidad por motivos jurídicos) basta el conocimiento del consumidor acerca de tales derechos o pretensiones fundadas en la normativa de propiedad intelectual o industrial: art. 102.4 en relación con el art. 102.2 CESL.

En el ámbito que ahora interesa, el de los productos digitales, dejando de lado la cuestión de los derechos de terceros y su afectación a la conformidad, en que se optó por un régimen más laxo[124], el CESL vino con toda nitidez

124. En la Directiva 2019/770, aun cuando el art. 10 no resulta demasiado expresivo, el Considerando (53) es muy claro en cuanto a la aplicación, en idénticos términos, del régimen de la exclusión de la falta de conformidad por apartamiento de los criterios objetivos, se relacionen estos o no con la incidencia de derechos de propiedad intelectual de terceros: «*Tal restricción* [la derivada de derechos de terceros] *podría hacer que los contenidos o servicios digitales incumplan los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, si se refiere a características que suelen encontrarse en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. En tales casos, el consumidor debe poder exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, frente al empresario que suministró los contenidos digitales. El empresario solo ha de poder eludir esta responsabilidad si cumple las condiciones para establecer*

a hacer más exigentes las condiciones para dar virtualidad exoneratoria al conocimiento y consentimiento del consumidor en la compraventa de bienes de consumo. En realidad, opera un tránsito entre una aproximación basada en el conocimiento del comprador –y la apreciación de ese conocimiento no se hace con independencia absoluta de lo que sucede del lado del vendedor– por otra que se sustenta en otro modelo, de exigencia de un consentimiento depurado o agravado: cualquier acuerdo que establezca excepciones a la aplicación de los requisitos de los artículos 100, 102 y 103 CESL-los que contienen los criterios de raíz legal, los criterios «objetivos» en la actual terminología de las Directivas de 2019 y del vigente TRLGDCU– en detrimento del consumidor solo sería válido si, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor conocía las condiciones específicas de los bienes y las aceptó como conformes con el contrato en el momento de su celebración.

En otras palabras, el contenido de lo pactado en cuanto a las características de los bienes se sujetaba a condiciones más rigurosas que las del normal consentimiento contractual al respecto: para que el acuerdo pueda excepcionar la satisfacción de un criterio legal de conformidad es preciso que el consumidor consienta con conocimiento específico de que lo que adquiere se aparta de un requisito legal en un determinado aspecto. La simple inserción en el documento contractual de una cláusula predispuesta sobre tal conocimiento y aceptación de la conformidad del bien, no serían suficientes para hacer del bien que se aparta de los criterios generales de conformidad uno conforme al contrato.

Las Directivas gemelas de 2019 dan un paso más en el refuerzo del consentimiento del consumidor para dotarle de efecto modificativo de los criterios legales de conformidad. Como exigen el art. 8.5 Directiva 2019/770 y el art. 7.5 Directiva 2019/771/ para que si lo suministrado o entregado se aparta de los criterios objetivos de conformidad no sea considerado como no conforme con el contrato, no basta que esa divergencia estuviera «pactada», mediante cláusula predispuesta, según una descripción detallada del bien vendido de la que se pueda deducir la insatisfacción de algún criterio legal o varios de ellos, o por medio de un pacto contractual no predispuesto pero que se limita a renunciar genéricamente a los criterios legales de conformidad. A fin

---

una excepción a los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, a saber, solo si, antes de la celebración del contrato, el empresario informa específicamente al consumidor de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad y el consumidor acepta de forma expresa y por separado dicha divergencia».

de alterar la determinación de la conformidad empleando un cierto criterio objetivo se exige que medie información específica sobre la divergencia y que al momento de contratar el consumidor acepte expresa y separadamente[125] la ausencia de aquello sobre lo que fue específicamente informado. la divergencia entre el bien y los criterios generales y objetivos de conformidad. Esta redacción, sin otro cambio que el innecesario circunloquio que supone referir la exclusión a la responsabilidad por falta de conformidad en lugar de a la falta de conformidad en sí misma, ha pasado a ser el art. 115 ter.5 TRLGDCU.

El precepto se ocupa de la relevancia del conocimiento del comprador acerca de la disconformidad entre el bien vendido y los requisitos de conformidad pactados o legalmente previstos. Esta cuestión no es, ni mucho menos, una novedad en el régimen jurídico de la compraventa, pues está en la propia esencia de la noción de vicio oculto que ha canalizado históricamente en los países de tradición continental el grueso de los problemas de disconformidad en las propiedades del bien entregado en relación a lo que el comprador esperaba recibir.

Estamos aquí ante un aspecto nuclear del juicio sobre la conformidad: el papel del conocimiento y la voluntad de aquella parte del contrato cuyo menor nivel de información sobre lo que adquiere justifica la propia existencia del deber legal de conformidad. Más aún. Es un problema central en la construcción de cualquier herramienta jurídica para abordar problemas económicos de asimetría de información. En el Derecho general de contratos, las alternativas son muchas y con mucha frecuencia el diseño de un régimen jurídico bien perfilado requiere considerar la conducta y el conocimiento de ambas partes, no solo mirando al comprador[126]. Esta atención simultánea a las posiciones y acciones de ambas partes en el contrato o enreda notablemente la tarea de construir un régimen jurídico sencillo y predecible, como idealmente se querría que fuese.

Desde luego, la idea de simplificar la cuestión y abstraerla de la valoración conjunta de la conducta de ambas partes se hallaba ya presente en las reflexiones sobre el régimen resultante de la Directiva 99/44[127], y eso

125. Ambos adverbios estaban ausentes de la fórmula del art. 99 CESL.

126. GÓMEZ POMAR, F., «Comentari al art. 621-25 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J. (Dir.), FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 289 y ss.

127. GRUNDMANN, S., *Art. 2*, ob. cit., p. 120; MARÍN LÓPEZ, *Art. 114*, ob. cit., p. 1663; OLIVA BLÁZQUEZ, F., y GONZÁLEZ ORTIZ, D., «El contrato de compraventa», en

aunque este pivotaba sobre el conocimiento efectivo o debido, y no sobre el consentimiento específicamente informado y expreso (como sucede con el sistema vigente), siendo así que este segundo parece más sencillo de aislar respecto de las arduas cuestiones ligadas al entrecruzamiento de lo que una parte sabe o puede saber dada la conducta de la otra.

En el Derecho general de contrato, las reglas legales que han de lidiar, para el conjunto de los intercambios contractuales, con los problemas de asimetría de información no pueden prescindir de la consideración de la posición y conducta de las partes en cuanto a la información relativa a los factores sobre los que se proyecta la asimetría. Esto incluye, desde luego, el régimen general de conformidad, por cuanto este tiene confiada la tarea de mejorar los resultados del intercambio cuando hay diferencias de información sobre la calidad y dimensiones relevantes del objeto del contrato. En la medida en la que el acuerdo contractual que maximiza el bienestar de los contratantes depende de la información que cada uno tiene sobre los factores relevantes para la conformidad, es oportuno que las soluciones que se contemplen tratando de replicar ese contrato ideal entre las partes dependan, en parte al menos, de la información en posesión de las partes y de la conducta de estas acerca de la misma.

Esto se puede ver con facilidad con un ejemplo. Supongamos que el vendedor V ofrece un programa informático con una deficiencia menor de funcionalidad, pero que permite a los usuarios satisfacer necesidades bajas de utilización del mismo, Esa reducción de funcionalidad tiene una traducción o equivalente monetario de 3 y el vendedor podría venderlo, con el defecto, en 10 a un comprador D que lo usaría de modo poco intenso. U (o que podría vender a un tercero en 10). El comprador C, que conoce que el bien padece ese defecto, lo va a usar de modo más intenso, por lo que lo valora en su estado actual en 8. Esa compraventa entre V y C no debiera celebrarse y consumarse, pues no mejora el bienestar de ambos contratantes. El programa se debiera vender al comprador D, no al C. Un régimen jurídico de conformidad que hiciera atractivo para C a comprar a un precio de 10 del vendedor, para luego acudir a la garantía de conformidad y exigirle que lo repare o reduzca el precio en un importe de 3 no es deseable. Ese resultado no es sino un derroche inútil de recursos que el régimen de conformidad no debiera permitir y, aún menos, incentivar. No es solo, aunque también,

---

YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.), ALMUDÍ CID, J. M. y MARTÍNEZ LAGO, M. Á., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 374-375.

un problema de cercenar comportamientos desleales de los compradores sino de promover contratos que mejoran la posición de los contratantes, disuadiendo conductas ineficientes de los dos lados del intercambio.

Así, en un ejemplo similar al anterior, supongamos que el vendedor conoce el defecto en el objeto del contrato que reduce en un valor de 3 su funcionalidad del mismo, y que puede transmitirlo por un precio de 10 a un comprador D conocedor de su estado. El comprador C no puede observar el defecto, aunque podría llegar a descubrirlo realizando una búsqueda o indagación que tiene un coste de 1. El comprador C valoraría el bien, si no tuviera el defecto, en 12. Si vendedor y comprador acuerdan la compra en 11 (un precio que en principio sería satisfactorio para el vendedor, pues obtiene más que vendiendo a D, y para el vendedor, que lo valora, tal y como cree, erróneamente, que está, en 12) el régimen de conformidad debe permitir al comprador que acuda a la garantía de conformidad al contrato sobre el bien vendido, porque es la forma de inducir en el vendedor una adecuada revelación de información. Dado que, por hipótesis, el vendedor ya tiene la información sobre el estado del objeto del contrato, revelar la información a la contraparte no es costoso, evitando que el potencial comprador que desconoce *a priori* el estado de lo que va a adquirir, si quiere precaverse frente al riesgo de recibir algo menos valiosos de lo que espera, a tener que adoptar medidas de examen o averiguación que son costosas (e innecesarias socialmente, pues el vendedor ya sabe el estado o condición de lo que pone en el mercado).

Los simples ejemplos anteriores ponen de manifiesto que un régimen jurídico de la conformidad que pretenda llegar a soluciones eficientes debe, como regla general, atender a la información con que cuentan los contratantes, no solo quien pretende valerse de la protección conferida por el régimen de conformidad. Además, el momento relevante para evaluar y comparar la información con que cuentan ambas partes comprador y vendedor sobre los factores que afectan a la conformidad es el de la celebración del contrato. Es en este momento en el que quedan definidos de forma vinculante los términos del intercambio contractual, lo que incluye, de forma destacada, el objeto del contrato con sus propiedades relevantes y el precio. Es la información accesible a las partes en este momento la que resulta determinante para que la conformidad al contrato se ajuste a las representaciones y preferencias de las partes a las que el contrato sirve de cauce en forma de acuerdo jurídicamente vinculante. Es en ese momento en el que se decide la vinculación al intercambio contractual y el contenido de este.

¿Cómo encaja este punto de partida general sobre conformidad y asimetría de información con la aproximación abanderada por las Directivas

gemelas del 2019 y el TRLGDCU? ¿Si no puede omitirse, en principio, el prestar atención al conocimiento de ambos contratantes sobre la diferencia negativa entre las propiedades de lo suministrado y aquellas que eran debidas, puede justificarse un esquema que se funda en dos elementos, ajenos ambos al examen comparativo del conocimiento de las partes? En efecto, los preceptos pertinentes de las Directivas de 2019 y del TRLGDCU[128] concluyen la inexistencia de falta de conformidad sobre la base de (i) información específica de que una determinada característica se aparta de los requisitos objetivos de conformidad y (ii) la aceptación expresa y por separado del consumidor sobre este apartamiento. Parecería, a la vista de lo argumentado anteriormente, que esta solución es demasiado simplista y prescinde de manera poco matizada del tratamiento diferenciado según las circunstancias que debiera acompañar a una regla ponderada de resolución del problema, atendiendo a la verdadera situación de información en que se halla cada parte al fijarse los términos y condiciones del contrato.

Esta crítica a la aproximación que ha prevalecido legalmente en Europa y en España no está desprovista de valor. Con todo, en relación con los contenidos y servicios digitales[129], cabe entender que el régimen finalmente elegido se corresponde bien con las características de los productos digitales y de sus entornos habituales de contratación.

En el caso de los bienes tangibles –un conjunto muy extenso y heterogéneo que comprende múltiples variedades y posibles estados de la realidad aun dentro de una cierta variedad o tipo– resulta acaso aventurado presumir de manera generalizada que el vendedor conoce exactamente las propiedades de aquello que concretamente pone en el mercado, que el consumidor lo desconoce y no puede acceder a la información pertinente con un examen previo o de otra forma a bajo coste y que el coste de comunicación de información específica y la contratación explícita sobre la base de esta tiene un

128. También del CCCat, art. 621-20.4.

129. Tengo más dudas en relación con los bienes. El examen detenido de las razones que justificarían esta actitud excede del ámbito propio de este capítulo, que gira en torno a los productos digitales. El motivo principal, con todo, se explica con rapidez: el ámbito de los bienes objeto de contratos de consumo –a los que se extiende la aplicación de la Directiva 2019/771 y de las normas del TRLGDCU que la transponen– es notablemente más amplio y heterogéneo que el de los contenidos y servicios digitales. Lo mismo sucede con los procesos y entornos de contratación sobre los mismos. Ello pone en cuestión que una aproximación que se apoya en ciertos supuestos generales sea la más apropiada en todos los casos, pues en estos supuestos es más fácil que no se satisfagan cuanto más amplio sea el universo de casos para los que se predican tales asunciones.

coste muy bajo. Al contrario, para los contenidos o servicios digitales, nos encontramos con un escenario bien distinto: (i) máxima estandarización, pues en principio, y salvo cuestiones que tienen que ver con el entorno del propio consumidor y la integración de lo suministrado en el mismo[130], dada su propia naturaleza, no hay variación entre los contenidos o servicios que recibe cada usuario, pues son todos idénticos. No caben diferencias motivadas por circunstancias de producción, transporte, conservación, paso del tiempo, entrega, etc.; (ii) los empresarios, por tanto, se encuentran en una posición sustancialmente homogénea en cuanto a la información de que disponen sobre los productos digitales que ofrecen. Es cierto que no necesariamente quienes los ponen en el mercado y se relacionan con los consumidores serán los productores o desarrolladores de los contenidos y servicios, pero a aquellos también les resulta relativamente menos costoso (en contraste con el universo de los bienes de consumo) acceder a la información sobre los productos digitales u obtenerla de quien la posee; (iii) los consumidores también se hallan en una posición razonablemente parecida en términos de su acceso a la información relevante sobre lo que se proponen adquirir, pues no existen diferencias en las distintas «unidades» de los productos digitales ni la apreciación de sus propiedades o características, idénticas para todos los servicios o contenidos de una cierta clase, difiere sistemáticamente según la posición o el modo de contratación. De hecho, salvo que el consumidor haya tenido acceso a una versión de prueba, la información con que cuentan los consumidores será la que derive de la descripción de los empresarios o los productores y esta será, en principio, la misma, y con el mismo grado de acceso, para los consumidores como grupo; (iv) la contratación sobre los productos digitales será normalmente a distancia y, en la mayor parte de los casos, en línea. Dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales no parece haber ventajas sistemáticas de un acceso presencial o no virtual al objeto del contrato –el acceso siempre es a través de una pantalla– y lo habitual es que el contrato se celebre mediante un *click* en un teléfono inteligente o en un teclado de ordenador o que, cuando menos, se confirme el consentimiento de este modo[131]

---

130. La previsión del art. 115 ter.5 TRLGDCU (art. 8.5 Directiva 2019/770) no se aplica a las faltas de conformidad derivadas de la integración incorrecta, a excepción del desajuste de las instrucciones de integración a los requisitos objetivos de conformidad a que estas hayan de sujetarse.

131. El Considerando (49) Directiva 2019/770 explícitamente reconoce que la aceptación expresa y por separado de la discrepancia respecto de los criterios objetivos de conformidad puede hacerse «[.] *marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar*».

Todo lo anterior apunta a que el esquema regulatorio adoptado por la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU no carecen, en conjunto, de sentido para afrontar las asimetrías de información que recaen sobre las propiedades de los productos digitales, a la vista de las características propias de estos y las modalidades habituales de contratación sobre aquellos. Resulta, como régimen general para la gran cantidad de intercambios contractuales que quedarán sujetos a sus disposiciones, razonablemente bien adaptados a los rasgos propios del mercado de consumo sobre contenidos y servicios digitales.

En cuanto al detalle de la solución finalmente adoptada por el legislador europeo y español, me detendré en algunos aspectos. En primer término, en la posible interpretación limitadora del modo de proceder a la información específica y a la aceptación expresa y separada por el consumidor que se derivaría, pretendidamente, del uso del singular en las fórmulas legales europea y española: «[.] *una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad* [.]». (énfasis añadido). Entre nosotros[132] se ha defendido que para cada característica discrepante de los criterios legales se precisaría, de manera separada, manifestación de la información específica y el acuerdo expreso y separado. Esta interpretación conduciría, inevitablemente, a tantas comunicaciones separadas de información y acuerdos expresos y distintos cuantas discrepancias respecto de los requisitos legales se desearan cubrir mediante el recurso a la flexibilidad ofrecida –e impuesta, como posibilidad– por el art. 8.5 Directiva 2019/770 y el art. 115 ter.5 TRLGDCU. Creo que no procede esta lectura de los preceptos legales referidos. Nada gana –sino más bien lo contrario– la protección del consumidor de productos digitales por recibir múltiples «pedazos» de información relativa a discrepancia con este o aquel criterio objetivo de conformidad y se le obligue a clicar en su teléfono u ordenador en múltiples lugares. El énfasis para la protección del consumidor se debe colocar en la «especificidad» de la información que permita un consentimiento genuinamente informado del consumidor a la hora de excluirse una falta de conformidad (consista en una o en más de una discrepancia). Desde luego, lo que no cabría es una referencia genérica o universal a la falta de satisfacción de todos, o de un número no concretado y con contenido no aclarado, de criterios legales de conformidad. Pero no por la exigencia de que a cada discrepancia le corresponde su propio esquema separado de información y de aceptación, sino porque falta la información

132. SÁNCHEZ LERÍA, R., ob. cit., p. 62. En este mismo sentido, METZGER, A., «§327 h BGB», ob. cit., Rn 6.

específica apta a fundar una aceptación consciente e informada por el lado del consumidor.

El carácter expreso de la aceptación es incompatible (así lo deja claro el Considerando [49] Directiva 2019/770) con el carácter predispuesto o preelegido del consentimiento del consumidor. La aceptación ha de ser fruto de la acción y no de la mera inercia del consumidor al no desactivar una función por defecto en el entorno digital de contratación organizado por el consumidor o por un tercero. La aceptación ha de ser también inequívoca, esto es, clara, no dudosa en cuanto a su alcance y en cuanto a su objeto. Finalmente, ha de ser separada. Esto supone que no puede coincidir con el consentimiento global a la contratación ni tampoco con la aceptación de alguna otra dimensión o aspecto del contrato (duración, servicios complementarios, confirmación de información recibida o información comunicada por el consumidor, etc.). No requiere, sin embargo, contenerse en un documento distinto de aquel en que se refleje el contrato. Como ya se ha señalado, puede hacerse activando una función o marcando una señal de aceptación en un teléfono u otro dispositivo de comunicación en línea. Aunque la evidencia empírica acerca de los niveles de información, entendimiento y reflexión que los consumidores despliegan en situaciones de esta clase delante de sus ordenadores o dispositivos móviles no es muy alentadora (más bien todo lo contrario) parece también claro que los costes de transacción de una exigencia superior serían difícilmente asumibles en un tiempo de masiva celebración de contratos por medios telemáticos.

En cuanto a la dimensión temporal, los preceptos legales señalan que las condiciones impuestas para excluir la falta de conformidad han de concurrir a la celebración del contrato. Esto es coherente con lo señalado más arriba para la aproximación general mediante normas contractuales a los problemas de asimetría informativa: la constatación relevante ha de producirse, a lo más tarde, cuando de modo vinculante quedan fijados los términos del intercambio, lo que incluye, de modo particularmente señalado, al precio contractual. Evidentemente, si ciertos términos del contrato –incluido el precio– han sido ya prefijados (por ejemplo, el precio está anunciado por el empresario y no es objeto de negociación individual) lo anterior no supone que no quepa posponer a ese momento la información y la aceptación relativa a las discrepancias con los requisitos objetivos de conformidad, siempre y cuando el consumidor no esté aún vinculado a tales términos y condiciones del contrato. Lo que no cabría, en cambio, es retrasar esa información a un momento posterior a la emisión del consentimiento sobre la vinculación del consumidor al contrato con base en la presencia en el contrato de circuns-

tancias que pueden afectar a la eficacia de las obligaciones derivadas del contrato (término inicial, condición suspensiva). No parece que estos factores deban retrasar el momento de determinación y evaluación de la información sobre los desajustes con los criterios legales de conformidad. La opción legal por la relevancia del momento de conclusión del contrato tiene sentido, toda vez que hasta ese momento cabe reabrir los términos del intercambio y, singularmente, el precio, en atención a propiedades o defectos que se están revelando de específicamente y que han de ser aceptados expresamente para que puedan tener virtualidad de alterar lo que el consumidor tiene derecho a que se le suministre en cuanto a los criterios objetivos de conformidad.

Alguna opinión doctrinal sobre la Directiva 2019/770[133]se inclina por interpretar de manera taxativa la previsión del art. 8.5 de la misma que refiere temporalmente tanto la información específica como la aceptación expresa y separada «al momento de la celebración del contrato» y concluye que no es compatible con la Directiva que la información se ofrezca en un momento anterior ni que la aceptación exprese y separada se manifieste en un momento distinto del de la concurrencia de oferta y aceptación que determina la celebración del contrato como jurídicamente vinculante. En cuanto a la información, creo que esta interpretación es exagerada y sus efectos son contraproducentes. Por ejemplo, el CCCat (art. 621-20.4) permite que la información específica sobre la divergencia se ofrezca antes de la conclusión del contrato, pero la aceptación de la divergencia ha de ser perfectamente coetánea a la celebración del contrato. Esta fórmula es coherente con el propósito de la Directiva y con el problema de asimetría informativa que se trate de solventar. El consumidor ha de estar informado en el momento de quedar vinculado, y no es relevante si la información específica se comunicó con la información precontractual o se ofrece en los 30 segundos previos a clicar su aceptación a la divergencia en su teléfono móvil[134]. De hecho, parece que un cierto período de comprensión y deliberación sobre la trascendencia de la información recibida serviría para acercarse a una decisión más meditada y reflexiva. Si tiene sentido, en cambio, velar porque la aceptación no se produzca antes de quedar definitivamente fijados los términos del intercambio, pues ello podría provocar alguna maniobra del empresario para que el consumidor pudiera cambiar de idea y manifestarse en contra de aceptar la divergencia con los criterios objetivos hasta el mismo momento de quedar vinculado a adquirir los productos digitales en unos ciertos términos y a un determinado precio.

133. STAUDENMAYER, D., ob. cit., p. 165.

134. En el sentido del texto, METZGER, A., «§327 h BGB», ob. cit., Rn 3.

Finalmente, se puede suscitar la cuestión relativa a si la restricción del art. 8.5 Directiva 2019/770 y del art. 115 ter. 5 TRLGDCU solo a ciertos criterios de conformidad, pero no a todos los que juegan un papel en la determinación de la conformidad merece o no un juicio favorable. Así, quedarían fuera del ámbito de aplicación de esas disposiciones tanto los requisitos subjetivos de conformidad, como la falta de conformidad por razón de la instalación o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales –salvo que las instrucciones de integración no se ajustaran a los requisitos objetivos de conformidad exigibles para esa clase de instrucciones como, finalmente, la correspondencia de los productos digitales con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato.

En los tres casos, nos hallaríamos ante elementos de conformidad que quedarían sujetos al contenido contractual pactado entre las partes, y no a un criterio legal o externo cuya exclusión se subordina a la satisfacción de ciertas condiciones –agravadas– ligadas a la información específica al efecto y a la aceptación expresa y separada de la disconformidad. En los tres casos parece que hay razones atendibles para que el legislador europeo –y, siguiéndolo, como no podía dejar de hacer, el español– hayan optado por esta aproximación más liviana y aparentemente menos protectora del consumidor. En cuanto a los criterios subjetivos de conformidad y a la integración incorrecta –fuera de las instrucciones objetivamente consideradas– parece que la heterogeneidad de situaciones aumenta considerablemente respecto a lo que más arriba se ha caracterizado como el escenario general de la contratación sobre contenidos y servicios generales. Se entra aquí en un terreno en que surgen de modo importante diferencias entre lo que el consumidor desea y espera recibir, en función de pactos individuales, fines singulares, circunstancias especiales del entorno digital o de otros aspectos de la posición del consumidor relevantes para la operación sobre los productos digitales. Ello inclina a pensar en que una mayor flexibilidad respecto del esquema legal consagrado en el art. 8.5 Directiva 2019/770 y en el art. 115 ter.5 TRLGDCU, que es uniforme y homogéneo resultada deseable como esquema de regulación.

En cuanto a la versión del producto digital, aquí es cierto que estamos ante una dimensión fácilmente objetivable y por ello susceptible de una solución homogénea. Pero parece que ha pesado en el diseño legislativo europeo y español la convicción de que la versión que se adquiere (la última u otra) es un elemento que resulta fácilmente comprensible por el consumidor y que no requiere la alteración del juego normal de las reglas que definen lo que forma parte de la esfera de lo contratado y lo que no.

V. INTEGRACIÓN DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y CONFORMIDAD

Los contenidos y servicios digitales constituyen un ejemplo claro y de validez muy amplia de objetos de intercambio que requieren un proceso más o menos complejo de adaptación a un entorno preexistente. Naturalmente, no son el único ejemplo, pues hay buen número de bienes tangibles que no permiten su utilización por quien los adquiere sin una instalación, montaje o puesta en marcha. En el caso de los productos digitales, el suministro al consumidor, mediante la puesta a disposición en sus distintas modalidades (conexión remota, descarga, enlace de acceso, etc.) en ocasiones no permite la utilización inmediata, sino que es preciso una actuación adicional proyectada sobre el entorno digital del adquirente que haga posible el disfrute de las prestaciones y funciones propias del producto digital de que se trate. A este proceso, en su vertiente de «conexión» y también de «incorporación» al entorno digital del consumidor, le denomina el TRLGDCU (art. 59 bis.1.n)) y la Directiva 2019/770 (art. 2.4)), integración. A su vez, el art. 115 quater TRLGDCU[135] y el art. 9 Directiva 2019/770 se ocupan de la integración incorrecta de los contenidos o de los servicios digitales como modalidades de falta de conformidad con el contrato.

Estas disposiciones normativas tienen su origen en un precedente identificable, también de origen europeo: el art. 2.5 Directiva 99/44. Este precepto establecía: *La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación*.

Esta norma de la Directiva derogada incorporaba ya el doble contenido que ha conservado la Directiva 2019/770 (y su gemela sobre bienes de consumo) al extender el alcance de la conformidad a la realización inadecuada de tareas de instalación, englobando igualmente el montaje y la puesta en marcha, y de integración (en lo que toca a los productos digitales). De una parte, la consideración como falta de conformidad de la instalación o integración incorrectas ejecutadas por el empresario o bajo su responsabilidad.

135. Con un contenido idéntico, aunque circunscrito a los contenidos y servicios digitales, art. 621-72 CCCat.

De otra, la falta de conformidad, caso de que la instalación o integración se hubiese realizado el consumidor –u otro por encargo o por cuenta de este–, cuando el resultado inadecuado de instalación o incorrección obedece a las deficientes instrucciones de instalación suministradas por el empresario. Esta segunda dimensión de la falta de conformidad en la instalación o integración fue inmediatamente bautizada como «cláusula IKEA»: las instrucciones inadecuadas de montaje para que el consumidor ejecute la tarea se equiparan a la incorrecta instalación realizada por el propio empresario o bajo el control o responsabilidad de este.

Esta solución, unánimemente aplaudida por la doctrina europea, pasó luego –aunque únicamente para la venta a consumidores– al DCFR (art. IV.A.–2:304) y al CESL (art. 101).

No constituye una sorpresa, desde luego, que las Directivas gemelas del 2019 hayan conservado esta regla sobre conformidad en la instalación o integración de lo entregado o suministrado. Con todo, hay una diferencia reseñable entre el art. 8 Directiva 2019/771 y el art. 9 Directiva 2019/770. En el primero, el contrato de compraventa de bienes –incluso de bienes con elementos digitales– no comprende necesariamente la instalación de los bienes, y es preciso que efectivamente la instalación a cargo del empresario o bajo su responsabilidad forme parte de las obligaciones del vendedor de acuerdo con el contrato de compraventa para que la incorrecta instalación efectuada por el empresario de lugar a falta de conformidad con el contrato de compraventa. Si la instalación por el vendedor o por alguien designado por este es fruto de un contrato separado de servicio de instalación y puesta en marcha, las vicisitudes de ese relación quedan al margen del contrato de compraventa y de la falta de conformidad con su panoplia de remedios correctores.

En cambio, el art. 9 Directiva 2019/770 reconduce al ámbito de la conformidad con el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales cualquier integración de estos en el entorno del consumidor que se haga por el empresario o bajo su responsabilidad. La inclusión de las tareas de integración por el empresario dentro del contenido del contrato de suministro de los productos digitales no juega un papel al efecto, pues la consideración bajo el régimen de conformidad bajo el contrato se sustenta solo en la realización de dichas tareas por el empresario o en su esfera de responsabilidad.

Por tanto, en lo que toca a la conformidad relativa a los contenidos o servicios digitales, en lo que se refiere a la primera proyección de la deter-

minación de la conformidad –la que toca a la incorrecta integración por el empresario o bajo su responsabilidad, se prevé un doble presupuesto.

El primero se refiere a la asunción por el empresario del deber de integrar los productos digitales en el entorno del consumidor. La previsión de integración a cargo del empresario o de forma controlada u organizada por este puede resultar tácitamente del acuerdo entre las partes[136]. No es relevante que la integración figure o no con carácter separado del deber de suministro o que se pueda leer comprendido en el dadas las circunstancias y la voluntad de las partes. Es indiferente que se pacte o no una remuneración separada por la integración. También lo es que se pacte en el seno del contrato de suministro de los productos digitales o fuera de el (en un contrato de instalación o en uno de mantenimiento o asistencia técnica). Cabe que se pacte en un momento posterior a la celebración del contrato sobre los contenidos o servicios digitales. Pero de los preceptos relativos a la integración incorrecta de los productos digitales no se puede deducir que en todo caso el empresario hace suyo un deber de instalación o integración. El empresario se obliga al suministro (mediante puesta a disposición, accesibilidad o, si hubiera sido elegido por el consumidor, mediante instalación física o virtual: art. 5.2 Directiva 2019/770) y a que la conformidad se cumpla y se mantenga en el momento y a lo largo del período determinado que dispusiera el acuerdo entre las partes y resulte de la aplicación de las reglas legales, a la vista de la dimensión temporal del suministro previsto en el contrato: arts. 8.4 y 11.2 y 3 Directiva 2019/770 y art. 115 ter.4 TRLGDCU. La referencia del art. 5.2 a) y b) Directiva 2019/770 a la «*instalación física o virtual elegida por el consumidor a ese fin* [el acceso al contenido o servicio digital]» no significa que, en todo caso, dependa del consumidor, a su libre voluntad, que el empresario haya de ocuparse y responsabilizarse de la integración de los productos digitales en el entorno del consumidor[137]. Ello será así esencialmente en las siguientes

136. Para la versión anterior del TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, J. J., *Art. 116*, ob. cit., p. 1707.

137. El Considerando (41) Directiva 2019/770 ilustra claramente que la obligación de suministro de los productos digitales se cumple cuando los mismos se ponen a disposición del consumidor o se le facilita a este el acceso a los productos. La disponibilidad y accesibilidad para el consumidor se satisfacen cuando los contenidos o servicios digitales están disponibles o accesibles cuando los productos digitales lo están en si mismos, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos ha llegado al entorno digital del consumidor y ningún otro acto del empresario es necesario para que el consumidor pueda utilizarlos de conformidad con el contrato. Aclara además este Considerando que el empresario no será en principio responsable de lo que un tercero que opera una plataforma o instalación física o virtual elegida por el consumidor para recibir o almacenar los productos pueda hacer.

circunstancias: (i) cuando el contrato de suministro disponga la asistencia técnica por el empresario al amparo del art. 115 bis. c) *in fine* TRLGDCU y la integración se pueda entender –como parece lo razonable con carácter general– englobada dentro de la asistencia técnica; (ii) cuando el consumidor haya elegido la instalación física o virtual, en el sentido indicado por el art. 5.2 Directiva 2019/770 habiendo sido esto aceptado por el empresario; (iii) cuando dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales estos precisan, para cumplir sus fines habituales y permitir su utilización normal, una integración en el entorno digital del consumidor que por su complejidad o por los posibles riesgos para el consumidor o su privacidad es legítimamente esperable por el consumidor que quien provee el suministro se encargue de esa integración. Es probable que estas circunstancias cubran buena parte del terreno de la contratación sobre productos digitales, pero no cabe entender que todo contrato de suministro de estos trae consigo de manera necesaria la integración a cargo del empresario que ofrece tales productos en el mercado.

La integración ha de haber sido asumida por el empresario vendedor o por alguien a quien este haya encomendado la tarea (otra persona «bajo su responsabilidad»). El tercero puede ser el productor del producto digital o una empresa ligada al productor (a quien tiene encomendada su asistencia técnica). Naturalmente, el hecho de que el contrato mencione nominativamente la entidad que se hará cargo de la integración, siempre que esta actúe por cuenta del empresario, no sirve para liberar de responsabilidad a este último. El empresario no podrá escudarse para eludir la falta de conformidad en el hecho que el contrato designe a quien ejecutará la integración.

El segundo presupuesto de la falta de conformidad en este ámbito es la incorrección de la integración. La integración debe concebirse en términos amplios en relación con la utilización satisfactoria de los productos digitales. Comprende todas las tareas realizadas para asegurar la conexión e incorporación de los contenidos o servicios digitales con el entorno del consumidor (equipos, red, bienes o elementos complementarios). La integración ha de ser objetivamente incorrecta, en el sentido de que tras haberse ejecutado la integración (no necesariamente finalizada, pues el empresario o quien actúa por su cuenta pueden haberla realizado de manera incompleta) los contenidos o servicios digitales no satisfacen alguno o algunos de los criterios determinantes de la conformidad de lo suministrado. La incorrección, en este sentido, es una noción de resultado: como consecuencia de las tareas de integración los productos digitales no son plenamente conformes. La falta de conformidad puede ligarse a criterios tanto subjetivos como objetivos, aunque algunos de ellos, por su propio carácter, no pueden estar conectados

con la integración efectuada por el empresario: p. ej., las instrucciones de instalación por el consumidor mencionadas en el contrato, si finalmente es el empresario quien asume la integración; las actualizaciones posteriores, si se trata de la integración inicial del producto digital en el entorno del consumidor. El mayor o menor esfuerzo exigido para el éxito de la tarea no es relevante, ya que no estamos ante una obligación de medios o de diligencia. El fracaso de la integración puede resultar en insuficiencia de funcionalidad o prestaciones del contenido o servicio digital, en la privación de toda la utilidad esperable (póngase por caso, por incompatibilidad con los equipos o la red del consumidor), en daños al entorno digital del consumidor, en quiebras de seguridad o exposición de los datos del adquirente o personas dentro de su red, etc. En principio, cualquier dimensión de la conformidad puede verse afectada por la integración y, caso de materializarse la discrepancia por causa de la integración, esta deberá calificarse de incorrecta.

La segunda proyección o dimensión de la integración incorrecta (la de la letra b) del art. 115 quater TRLGDCU, correspondiente a la letra b) del art. 9 Directiva 2019/770) se refiere a la incorrecta integración causada por las deficientes instrucciones al efecto proporcionadas por el empresario. Vendrá a faltar el elemento causal necesario cuando, dadas las características del producto digital, una integración de naturaleza profesional es reconocible-mente necesaria, el consumidor está advertido de ello, y el vendedor, de forma legítima, no está sujeto a la obligación de realizarla, y es de esperar que quien se encargue, por decisión del consumidor, de llevarla a cabo, no precise instrucciones o indicaciones del empresario, sino que deba confiar en su propia pericia y profesionalidad para efectuarla. Si en un caso semejante la integración resulta incorrecta, no habrá falta de conformidad, y el adquirente habrá de buscar su satisfacción del profesional a quien encomendó la integración. Lo anterior no contradice la previsión del art. 115 ter.1.c) TRLGDCU, que incluye en los requisitos objetivos de conformidad el suministro de las instrucciones, también las de instalación e integración, que el consumidor pueda razonablemente confiar en recibir. Ahora bien, si esas instrucciones se han suministrado al consumidor, si el tipo de integración al que ha acudido el consumidor (porque es la objetivamente adecuada a la naturaleza del producto digital adquirido) es de carácter experto o profesional, es difícil pensar que la supuesta deficiencia en las instrucciones habrá jugado un papel de causa relevante en el resultado insuficiente o incorrecto de integración, dado el carácter intrínsecamente profesional de la exigida en las circunstancias. También se suscita la presencia de la necesaria causalidad cuando la naturaleza del producto digital no requiere una integración profesional, sino que permite perfectamente una realizada por el consumidor, pero este

la confía a un profesional, que, sin embargo, se atiene a las instrucciones para la integración por el consumidor que había entregado el empresario. Se podría pensar casi en un argumento *a minori ad maius* para excluir la relación causal también aquí, pero tal vez estemos entonces en un caso de culpas o responsabilidades concurrentes entre el empresario que da instrucciones defectuosas y el técnico que las sigue sin advertir sus deficiencias. En el caso anterior, en cambio, se trataba de un producto digital que intrínsecamente exigía el despliegue de pericia técnica en las labores de integración, que vendrían a reducir el papel de las instrucciones en todo el proceso.

Sin embargo, la causalidad no ha de ser necesariamente exclusiva. La incorrecta integración ha de ser consecuencia de la deficiencia en las instrucciones, aun cuando pueda haber habido otras concausas del resultado indeseado. Por ejemplo, si se combinan las deficientes instrucciones con las escasas aptitudes del consumidor, o con la impericia técnica del profesional elegido por el consumidor, para producir la incorrecta integración, parece que se debe mantener la calificación de falta de conformidad.

Ahora bien, no cabrá hablar de falta de conformidad si no se produce efectivamente una incorrecta integración, por muy deficientes o confusas que fueran las instrucciones del empresario. Si merced a una destacada habilidad instaladora superior o a la ayuda de profesionales se pueden suplir los defectos en las instrucciones, no se podrá hablar de falta de conformidad. El resultado de instalación incorrecta es necesario para apreciar la falta de conformidad y, como ya se ha indicado previamente, ese resultado debe poder conectarse causalmente con una deficiencia en las instrucciones suministradas por el empresario.

Otra cuestión potencialmente relevante es la del origen de las instrucciones de integración deficientes. El art. 115 quater. b) TRLGDCU y el art. 9 b) Directiva 2019/770 emplean el término «instrucciones proporcionadas por el empresario», que difiere del utilizado en los arts. 115 bis.c) y 115 ter.1 c) TRLGDCU y 7 c) y 8.1.c) Directiva 2019/770 («contenidos o servicios digitales suministrados junto con las instrucciones»). Acaso se podría pensar que en sede de integración incorrecta por deficientes instrucciones es preciso que estas tengan su origen en el empresario, y no meramente que el empresario haya hecho acompañar los productos digitales de tales instrucciones. No creo que se deba deducir una consecuencia tan relevante de la elección de palabras por el legislador europeo y español en esta materia. Por tanto, unas instrucciones que se demuestran deficientes habrán sido proporcionadas por el empresario tanto si han sido elaboradas por el, o por otro en cumplimiento de su encargo o bajo su responsabilidad, como

si el empresario no es materialmente su autor ni el que las ha ordenado o promovido, y se ha limitado a reproducir las instrucciones del productor de los productos digitales o unas que ha encontrado en internet, con o sin modificaciones de su propia cosecha.

En cuanto al nivel de calidad exigida de las instrucciones para la integración por debajo del cual se debieran entender deficientes, parece que en principio debe enjuiciarse desde la perspectiva de consumidor representativo dado el tipo de objeto y sector de contratación de que se trate[138]. Las instrucciones serán deficientes si, contando con ellas, quien de manera que el empresario pueda anticipar tendrá a su cargo la integración del producto digital, no podría culminar con éxito esta tarea. No me parece compartible la posición comúnmente defendida en Alemania en relación con el contrato de compraventa y la instalación que entiende que para dejar de ser deficientes las instrucciones han de permitir la instalación o integración a la gran mayoría de los adquirentes, toda vez que una parte de la población carece de las mínimas habilidades técnicas para la integración. No creo que el empresario haya de cargar con los déficits de capacidad de instalación de contenidos o servicios digitales respecto de los niveles que caracterizan a la población en general que adquiere tales productos.

La ausencia de instrucciones de integración, cuando ellas son razonablemente esperables o se han previsto en el contrato no equivale a la concurrencia de instrucciones deficientes. Esa inexistencia de instrucciones será ya de por sí una falta de conformidad (arts. 115 bis.c) y 115 ter.1 c) TRLGDCU y 7 c) y 8.1.c) Directiva 2019/770) pero no considerarse un caso de integración incorrecta por deficiencia de instrucciones, pues ello podría servir para incentivar a los consumidores a actuar por su cuenta y riesgo e intentar la integración sin contar con instrucción alguna proporcionada con el empresario. Es preferible inducir al adquirente a acudir de entrada a la falta de conformidad por la ausencia de instrucciones.

VI. BREVE RECAPITULACIÓN

La noción de conformidad constituye un elemento clave para entender el régimen europeo y español que gobierna los intercambios sobre bienes y sobre productos digitales entre empresas y consumidores. El que nos encontramos en la Directiva 2019/770 y en las versiones refaccionadas del

138. ZOLL, F., *Art. 101*, en SCHULZE, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary–*, C. H. Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 479.

TRLGDCU y del CCCat presenta varios rasgos distintivos. Primero, su propia existencia como esquema diferenciado (aunque muy similar al aplicable a los bienes de consumo) de reglamentación de los intercambios contractuales que tienen por objeto contenidos y servicios digitales. Esto ya constituye de por sí una innovación de cierto calado. Segundo, la continuidad intelectual respecto del modelo diseñado por la Directiva 99/44. A pesar de las diferencias de redacción, que son muy cuantiosas, que distinguen a las Directivas gemelas de 2019 (y, aún más, a la Directiva 2019/770) de su antecesora de 1999, no puede hablarse de una transformación fundamental de los mimbres normativos de hace 25 años.

Con todo, no pueden obviarse algunas innovaciones destacables. La noción de conformidad que diseña la Directiva 2019/770 se presenta más pormenorizada, con un listado de cualidades y propiedades de los productos digitales que es no solo más extenso, sino comprensivo de algunas dimensiones de singular relevancia en el entorno de los productos digitales (compatibilidad, interoperabilidad, seguridad). Esta expansión de las dimensiones nominativamente contempladas no traiciona, sin embargo, la idea fundamental articulada en torno al carácter amplio, abstracto y flexible de la conformidad, que no excluye en principio ninguna dimensión que los consumidores de productos digitales consideran relevantes en sus decisiones económicas de adquisición. Ello, desde luego, en conexión con la naturaleza y finalidad de los contenidos y servicios digitales, así como con el segmento de contratación en el que se inscribe el concreto acuerdo, el cual a su vez viene definido por el tipo o clase de objeto, pero también por la función económica, la experiencia, conocimientos y conductas de los empresarios y consumidores.

Adicionalmente, de forma coherente en relación con la naturaleza y funcionalidad de muchos contenidos y servicios digitales, se ha dado carta de naturaleza a la dimensión dinámica de la conformidad. La conformidad no se queda fijada de manera puramente estática en el momento del suministro inicial, sino que se traslada a períodos de tiempo posteriores por la vía de las actualizaciones precisas para mantener en conformidad el producto digital de que se trate. Con ello se afianza una aproximación que otorga una trascendencia mayor a la dimensión temporal del horizonte de uso de los contenidos y servicios digitales.

Es innegable igualmente, en relación con la exclusión «convencional» de la conformidad, la trascendencia de la transición desde un modelo de «conocimiento real o debido» en cuanto a la inaplicación de los criterios objetivos y generales de conformidad a uno de «consentimiento expreso,

separado e informado», como instrumento para «controlar» las divergencias entre lo que se suministra en virtud del contrato y las expectativas razonables de los consumidores. Será la evidencia empírica la que confirmará si esta nueva aproximación permite aunar de manera más eficaz que la anterior la debida protección del consumidor con el dinamismo de un ámbito de la contratación en constante evolución.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARNAU RAVENTÓS, L. y GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *ADC*, T. LXXVI, Fasc. I, 2023, pp. 75-126 (disponible online en https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/9934).

ARNAU RAVENTÓS, L., «Productos digitales en el Derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 47-95.

– «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S., *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2020, pp. 79-99 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

ARROYO AMAYUELAS, E., «Arts. 92 a 106: contratos celebrados a distancia», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 955-1023.

– «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N.º 41, 2022 (disponible online en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955).

– «Las nuevas Directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 19-46.

AYRES, I. y GERTNER, R., «Majoritarian vs. Minoritarian Defaults», *Standford Law Review*, Vol. 51, No. 6, 1999, pp. 1591-1613.

AYRES, I., «Yah-Huh, There are and should be penalty defaults», *Florida State University Law Review*, Vol. 33, Issue 3, 2006, pp. 589-617 (disponible online en https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=lr).

BADOSA COLL, F., «El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor los plazos del art. 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en JUND, S., HEUSEL, W., PAISANT, G. (Coords.) y LETE ACHIRICA, J. (Ed.), *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 125-148.

BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV», *InDret* 3.2022, 2022, pp. 1-27.

BEALE, H., «Digital Content Directive And Rules For Contracts On Continuous Supply», *Jipitec*, Vol. 12, 2021, pp. 96-110 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5286).

BELLEFLAMME, P. y PEITZ, M., «Inside the Engine Room of Digital Platforms: Reviews, Ratings and Recommendations», École d'Économie d'Aix-*Marseille, Working Paper*, N.º 6, 2018 (disponible online en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3128141).

BEN-SHAHAR, O. y POTTOW, J., «On the stickiness of default rules», *Florida State University Law Review*, Vol. 33, Issue 3, 2006, pp. 651-682 (disponible online en https://ir.law.fsu.edu/lr/vol33/iss3/5/).

BUENO BIOT, Á., «El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a raíz de la reciente reforma del TRLGDCU. Especial consideración de los datos personales como contraprestación del contrato», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Dir.), *Estudios de Derecho privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 281-304.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en SANTOS MORÓN, M. J. y MATO PACÍN, M. N. (Coord.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 273-301.

– «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, N.º 3, 2016 (disponible online en https://indret.com/el-regi-

men-de-la-falta-de-conformidad-en-el-contrato-de-suministro-de-contenidos-digitales-segun-la-propuesta-de-directiva-de-9-12-2015/).

– «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, N.º 9887, 2021.

CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2022.

CASADO NAVARRO, A., «Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores», *La Ley mercantil*, N.º 88, 2022.

CASTILLA BAREA, M., «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 97-130.

CLIFFORD, D., GRAEF, I. y VALCKE, P., «Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections», *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 5, 2019, pp. 679-721 (disponible online en https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/preformulated-declarations-of-data-subject-consentcitizenconsumer-empowerment-and-the-alignment-of-data-consumer-and-competition-law-protections/293BB74ABDC953F88ECB10895755589B).

COLOMBI CIACCHI, A. y VAN SCHAGEN, E., «Conformity under the Draft Digital Content Directive: Regulatory Challenges and Gaps», en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. y LOHSSE, S. (Eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart-Nomos, Baden-Baden 2017, pp. 99-125.

DARI-MATTIACCI, G., ONDERSTAL, S. y PARISI, F., «Asymmetric Solutions to Asymmetric Information Problems», *International Review of Law and Economics*, Vol. 66, 2021 (disponible online en https://pure.uva.nl/ws/files/60293195/1_s2.0_S0144818821000053_main.pdf).

– «Non-Disclosure Rules as Penalty Defaults», International Review of Law and Economics, 2021 (disponible online en _ SSRN: https://ssrn.com/abstract=3903396 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3903396.)

DE ELIZALDE IBARBIA, F., «La Directiva 2019/2021 de modernización del Derecho de Consumo por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho Civil*, N.º 4, 2021, pp. 47-89.

DE FRANCESCHI, A. y SCHULZE, R. (Eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *Nomos*, Baden-Baden, 2023.

DE FRANCESCHI, A., «The Digitalization of Contract Law facing the Sustainability Challenge: The Italian Experiences towards the Development of EU Law», *EuCML*, N.º 13, 2022, pp. 236-248.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., «Art. 97» y «Art. 98», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1451-1468 y 1473-1480.

DE VERDA y BEAMONTE, J. R., «La noción de "vicio" del artículo 1484 del Código Civil», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 2002, p. 3227-3276.

DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., «La puesta a disposición del usuario de los datos generados o incorporados al producto conectado. Comentario al "Reglamento de acceso justo a los datos y su utilización"», *Boletín de Novedades CESCO*, 2024.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E., «Consideraciones sobre las prácticas desleales y sus efectos en los contratos celebrados por el consumidor a raíz de las recientes reformas de la Ley de Competencia Desleal y del Texto Refundido de Consumidores y Usuarios» en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Coord.), *De iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 609-638.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Civitas, Cizur Menor, 2020, pp. 559-586.

GEIGERAT, S. y STEENOT, R., «Proposal for a directive on digital content – Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity» en CLAEYS, I. y TERRYN, E. (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level,* Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2017, pp. 95-166.

GEIREGAT, S., «Copyright Meets Consumer Data Portability Rights: The Inevitable Friction between IP and the Remedies in the Digital Content Directive», *GRUR International*, Vol. 71, Issue 6, 2022, pp. 495-515 (disponible online en https://academic.oup.com/grurint/article/71/6/495/6576075).

GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual», *InDret*, N.º 3, 2007.

– «Comentario al art. 621-20 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J. (Dir.), FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 224-259.

– «Comentari al art. 621-25 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J. (Dir.), FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 282-295.

– «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: Una perspectiva económica», *InDret*, N.º 4, 2001.

– «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dir.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 495-549.

– *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.

GRUNDMANN, S., «Art. 2», en BIANCA, C. M. Y GRUNDMANN, S., *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002.

- «Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht un EU-Kaufrechts-Richtline so ähnlich?», 202 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2002, pp. 40-71.

GRUNEWALD, B., en WESTERMANN, H.–P. (Ed.) *Erman BGB*, 11.ª ed., Otto Schmidt, Köln, 2004.

GSELL, B., «Conformidad y expectativas razonables de los consumidores», Working Paper 2/2022, Jean Monnet Chair European Private Law, Universitat de Barcelona, 2022 (disponible online en https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/187521).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Estándares legales de falta de conformidad en la compraventa de consumo: experiencias judiciales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 1497-1510.

- «La falta de conformidad en la venta de los productos de consumo: su concepto y prueba ante los tribunales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 1483-1496.

HUI, X., SEEDI, M., SHEN, Z. y SUNDARESAN, N., «Reputation and Regulations: Evidence from eBay», *Management Science*, Vol. 62, 2016, pp. 3604-3616.

JUÁREZ TORREJÓN, Á., «Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios posventa», en SANTOS MORÓN, M. J. y MATO PACÍN, M. N. (Coord.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 107-132.

– *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

KÄHLER, L., «Legislative Options for Regulating Optional Rules», en GRUNDMANN, S. y GROCHOWSKI, M. (Eds.), *European Contract Law and the Creation of Norms*, Intersentia, 2021, pp. 127-148.

KLEIN, T., LAMBERTZ, C. y STHAL, K., «Market Transparency, Adverse Selection and Moral Hazard», *Journal of Political Economy*, Vol. 124, No. 6, 2016, pp. 1677-1713 (disponible online en https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/688875).

KULL, I., «Transposition of the Digital Content Directive into Estonian Legal System», *Jipitec*, Vol. 12, No. 2, 2021, pp. 249-259.

LETE ACHIRICA, J., «Art. 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos y servicios digitales», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1651-1656.

LLORENTE SAN SEGUNDO, M. I., «Non Fungible Token: La réplica en el mundo digital de la originalidad, la autenticidad y la exclusividad de los objetos físicos», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Coord.), *De iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 955-995.

LOOS, M., «Consumer Sales and Digital Contracts in the Netherlands after Transposition of the Directives on Digital Content and Sale of Goods», *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 16, 2022.

– «The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands», *Jipitec*, Vol. 12, No. 2, 2021, pp. 229-240 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5296).

LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin– Munich, 2006.

LÓPEZ MAZA, S., «Capítulo I. Disposiciones generales. Art. 66 quáter. Prohibición de envíos y suministros no solicitados», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 942-954.

MARCO MOLINA, J., «Los criterios legales de la conformidad con el contrato en el futuro libro VI del Codi Civil de Catalunya: la llamada conformidad subjetiva o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador», en LLÁCER MATACÁS, M. R. (Coord.), *La codificación del derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 193-205.

– «La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán», en *Revista La Notaría: 150 anys: 1858-2008*, Vol. 2, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2008, pp. 1190-1200.

MARÍN LÓPEZ, *Art. 114*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007*, 2.ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1651-1665.

– *Art. 116*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007*, 2.ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1683-1715.

MARTENS, S., «Art. 18:(203 (1): Conformity with the Contract (General)» en JANSEN, N. y ZIMMERMANN, R. (Eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 1989-1995.

MCDONNELL, B., «Sticky Defaults and Altering Rules in Corporate Law», *SMU L. Rev.*, N.º 60, 2007, pp. 383-439 (disponible online en https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1170&context=faculty_articles).

METZGER, A., «Vor §327 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2022 (Beck online).

– «§327 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2022 (Beck online).

– «§475 a BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., C H Beck, Munich, 2022 (Beck online).

MORAIS CARVALHO, J., «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/ Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2020, pp. 31-48 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

– «La Incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 219/771 al Ordenamiento Jurídico Portugués», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 195-212.

– «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, Issue 5, 2019, pp. 194-201.

– «Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services», en LODDER, A. R. y MURRAY, A. D. (Ed.), *EU Regulation of E-Commerce*, 2.º ed., Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2022, pp. 334-363.

MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 35», en DÍEZ-PICAZO, L. (Ed.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 286-312.

– «La conformidad según la Directiva», en JUND, S., HEUSEL, W., PAISANT, G. (coords.) y LETE ACHIRICA, J. (Ed), *Garantías en la venta de bienes de consumo: ponencias de la Conferencia Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 39-60.

– *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006.

MUÑOZ RODRIGO, G., «Del deber de conformidad a un concepto unitario de incumplimiento contractual», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Dir.), *Estudios de Derecho privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 831-862.

NAMYSLOWSKA, M., JABLONOWSKA, A. y WIADEREK, F., «Implementation of the Digital Content Directive in Poland: A Fast Ride on a Tandem Bike against the Traffic», *Jipitec*, Vol. 12, No. 2, 2021, pp. 241-248 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5297/namyslowska_pdf.pdf).

NOSKO, C. y TADELIS, S., «The limits of reputation in platform markets: An empirical analysis and field experiment», *National Bureau of Economic Research Working paper*, No. 20830, 2015 (disponible online en https://www.nber.org/system/files/working_papers/w20830/w20830.pdf).

OLIVA BLÁZQUEZ, F., y GONZÁLEZ ORTIZ, D., «El contrato de compraventa», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.), ALMUDÍ CID, J. M. y MARTÍNEZ LAGO, M. Á., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 327-432.

PALÁ LAGUNA, R. y CANALEJAS MERÍN, J. A., «A qué criptoactivos no se aplica el Reglamento MiCA», *Gómez Acebo & Pombo*, 2023 (disponible online en https://www.ga-p.com/publicaciones/a-que-criptoactivos-no-se-aplicara-el-reglamento-mica/).

PÉREZ DE CASTRO, N., «La entrega en la compraventa de consumo», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol. 1, Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 1241-1252.

PLANA ARNALDOS, M. C., «Conformidad de los contenidos y servicios digitales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y PLANA ARNALDOS, M. C. (Dir.), *Contratación en el entorno digital, Aranzadi*, Cizur Menor, 2023, pp. 501-534.

POSNER, E., «There Are No Penalty Default Rules in Contract Law», *Olin Working Paper, University of Chicago*, N.º 237, 2005.

RAUHOFER, J. y SCHAFER, B., «Art. 7», en SPIECKER DÖHMANN, I., PAPAKONSTANTINOU, V., HORNUNG, G., y DE HERT, P. (Ed.), *General Data Protection Regulation. Article-by-Article Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 767-774.

RIHA, M., Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrecht des BGB, Herbert Utz, Munich, 2007.

ROSSI, M., «Asymmetric Information and Review Systems: The Challenge of Digital Platforms», en GANUZA. J. J. y LLOBET, G. (Eds.), *Economic Analysis of the Digital Revolution*, Funcas, Madrid, 2018, pp. 47-74 (disponible online en https://www.funcas.es/libro/economic-analysis-of-the-digital-revolution-noviembre-2018/).

SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret*, N.º 4, 2021 (disponible online en https://indret.

com/mercado-digital-y-proteccion-del-consumidor-a-proposito-de-la-directiva-770-2019-y-su-transposicion-al-ordenamiento-juridico-espanol/).

SANTOS PRÍNCIPE, A., «Prácticas desleales con consumidores a través de redes sociales y plataformas web: análisis de las recientes y futuras reformas», en GARCÍA-CRUCES, J. A. (Coord.), *De iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1469-1500.

SCHÄFER, H. B. y OTT, C., *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022.

SCHULZE, R., «European Contrat Law– Recent Changes to Concepts and Structures» en ANTONIOLLI, L. y IAMICELI, P. (Eds.), *The Making of European Private Law: Changes and Challenges*, Universitá degli Studi di Trento, Trento, 2024, pp. 87-106.

SCHWARTZ, A. y SCOTT, R., *Commercial transactions, principles and policies*, Foundation Press, New York, 1991.

SCHWARTZ, A. y SEPE, S., «Fairness and Freedom in Contract Law», Working paper, Yale Law School, 2024. (disponible online en https://law-economic-studies.law.columbia.edu/sites/default/files/content/Schwartz%20&%20Sepe.%20Fairness%20&%20Freedom%20in%20Contract%20Law.%202023%2010%2009%20CLS%20L&E%20Wksp.pdf).

SCHWENZER, I. «Art. 35» en Schwenzer, I. (Ed.), *Schlechtriem & Schwenzer. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 591-622.

SEIN, K. y SPINDLER, G. «The New Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications –Part 2», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, pp. 257-279.

SENECHAL, J., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, Issue 6, 2021, pp. 266-266.

SORENSEN, M. J., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Denmark», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 11, Issue 5, 2022, pp. 197-200.

STAUDENMAYER, D., «Conformity of the digital content or digital service», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 107-118.

TADELIS, S., «Reputation and Feedback Systems in Online Platform Markets», *Annual Review of Economics*, Vol. 8, 2016, p. 321-340.

TORRELLES TORREA, E., «Art. 114», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1053-1063.

– «Art. 116», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1070-1080.

– «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», 15 (1) *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, pp. 846-878.

TUR FAÚNDEZ, M. N., «Vicios ocultos y "*aliud pro alio*"», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 1409-1418.

– «El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril», *La Ley mercantil*, N.º 83, 2021.

TWIGG-FLESNER, C., «Conformity of Goods and Digital/Digital Services» en ARROYO AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2020, pp. 49-78 (disponible online en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/10/El-Derecho-privado-en-el-nuevo-paradigma-digital-1.pdf).

VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad: ¿supraconcepto del derecho de obligaciones?», *ADC*, T. LXIV, Fasc. I, 2011, pp. 5-39 (disponible online en *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2011-10000500040*).

– "La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña", en SERRANO DE NICOLÁS, A. (Coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 215-230.

VON BAR, C., «Shaping European Property Law: Observations about "Things" as Objects of Property Rights», en JANSSEN, A., LEHMANN, M. y SCHULZE, R. (Eds.), *The Future of European Private Law*, Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 285-294.

WESTERMANN, H. –P., «§ 433», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2019 (Beck on line).

– «§434», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2019 (Beck on line).

ZÖCHLING-JUD, B., «Digital Consumer Contract Law and New Technologies. Implementation of the Digital Content Directive in Austria», *Jipitec*, Vol. 22, No. 2, 2021, pp. 221-228 (disponible online en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5300).

ZOLL, *Art. 101*, en SCHULZE, R. (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary–*, C. H. Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 476-479.

VI

Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y derechos de propiedad intelectual

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/770 Y RELACIONES CON OTROS INSTRUMENTOS DE DERECHO DE LA UE. *1. El objeto de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.* 1.1. Los servicios digitales. 1.2. Los contenidos digitales, en particular los contenidos en línea. *2. La causa de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* II. CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y PROPIEDAD INTELECTUAL. *1. La protección por la propiedad intelectual del objeto de los contratos de contenidos y servicios digitales. 2. El suministro de contenidos y servicios digitales desde la óptica de la propiedad intelectual.* III. DERECHO DEL CONSUMO Y DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. IV. LA COMERCIALIZACIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS POR LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO DIGITAL. *1. La «contractualización» de los límites a los derechos de autor. 2. las medidas tecnológicas de protección: la «comodificación» de la propiedad intelectual. 3. Las medidas tecnológicas de protección y los límites a los derechos de propiedad intelectual.* V. RESTRICCIONES DE USO POR LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL TITULAR DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. VI. VULNERACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE TERCEROS Y FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/770 Y RELACIONES CON OTROS INSTRUMENTOS DE DERECHO DE LA UE

1. EL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

La Directiva 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales («Directiva 2019/770»)[1] se aplica a todo contrato en virtud del cual un empresario suministra o se compromete a suministrar *contenidos* o *servicios digitales* a un consumidor, a cambio de que este pague o se comprometa a pagar un precio, o a facilitar datos personales, en este caso salvo que los datos personales del consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales, o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin (art. 3.1 de la Directiva 2019/770 y art. 59.4 LGDCU).

Mientras que los «contenidos digitales» son datos producidos y suministrados en formato digital, los «servicios digitales» se definen como servicios que permiten al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o que permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos (*cfr.* art. 2.1/ y 2/ de la Directiva 2019/770 y art. 59 bis, letras d/ y o/, de la LGDCU).

Se trata de definiciones muy amplias que hacen que el objeto de los contratos de suministro a los que se refiere la Directiva 2019/770 puedan ser relevantes a los efectos de otras regulaciones que contemplan esos mismos «datos en formato digital» desde ópticas diferentes. En efecto, los datos en formato digital pueden ser, a su vez, datos de carácter personal, o mensajes o conversaciones que conformen el sustrato de una comunicación electrónica, o señales de radiodifusión o paquetes de información que viajen por una red de telecomunicaciones como soporte de una emisión televisiva, de una transmisión de vídeo a la carta o de cualquier otro objeto inmaterial protegido por derechos de propiedad intelectual.

---

1. *Vid.* DOUE de 22 de mayo de 2019 (L 136/1). La Directiva 2019/770 ha sido transpuesta al ordenamiento español a través de la modificación que el artículo 16.º del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, operó en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias («LGDCU»), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

El considerando (19) de la Directiva 2019/770 nos da la pista de que la noción de contenidos y servicios digitales abarca, ciertamente, desde programas informáticos y aplicaciones («apps»), hasta archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros y otras publicaciones electrónicas, así como servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el *software* como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales.

El mismo considerando aclara que, dado que existen diversas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales, la Directiva 2019/770 se aplica con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para dar acceso a estos.

La Directiva 2019/770 ha dejado fuera de su ámbito de aplicación los servicios de acceso a Internet, cuya falta de conformidad por tanto se deberá ventilar con arreglo a otra normativa. Pero, salvo el dirigido a poder tener acceso a la propia red, los contratos de contenidos o servicios digitales comprenden prácticamente todas las actividades que hoy en día protagoniza un consumidor medio en el entorno digital en línea, desde el almacenamiento en la nube, hasta la descarga de apps para teléfonos o televisores inteligentes, pasando por los servicios de mensajería instantánea, el acceso a redes sociales, los servicios de música en *streaming*, las plataformas de vídeo a la carta o los servicios de compartición de contenidos en línea.

A continuación, se examinan las nociones de «servicios digitales» y «contenidos digitales» desde otras ópticas regulatorias, a fin de contextualizar el objeto de los contratos de suministro de unos y de otros, y de contribuir a delimitar el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770, y por extensión de su norma de transposición.

1.1. Los servicios digitales

Cuando en el contexto de normación europeo hablamos de «servicios digitales», resulta inevitable traer a colación, actualmente, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se

modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales, en adelante «DSA» por sus siglas en inglés).

Los «servicios digitales» de los que habla la DSA son, no obstante, los servicios intermediarios de la sociedad de la información, es decir, solamente un subtipo de servicios de la sociedad de la información, categoría esta que vendría a equivaler de manera más perfecta con la noción de servicios digitales.

La definición de «servicio de la sociedad de la información» se contiene, a su vez, en el artículo 1.1 de la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. A tenor de ella, se entiende por tal «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios»[2].

El considerando (18) de la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico, en adelante «DCE»), corrobora cómo, en el contexto de la sociedad de la información, los servicios «cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea», y en particular las que consisten en «la venta de mercancías en línea», aunque, eso sí, se excluye la entrega de mercancías o la prestación de servicios fuera de línea. Además de la contratación en línea -recuerda dicho considerando-, también son servicios de la sociedad de la información los que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos y los consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio.

Por lo que se refiere, en particular, a los servicios intermediarios, el artículo 3.g) de la DSA, distingue los de «mera transmisión», consistentes en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el

2. El propio precepto aclara que «a distancia» significa «un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente»; «por vía electrónica», «un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético»; y «a petición individual de un destinatario de servicios», «un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual».

destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones; los de «memoria caché», consistentes en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos; y los de «alojamiento de datos», consistentes en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este. A ellos deben añadirse los motores de búsqueda en línea que, según el artículo 3.j) de la DSA, son un servicio intermediario que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de sitios web, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta de voz, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en los que puede encontrarse información relacionada con el objeto de la consulta.

De manera particular, la DSA presta atención a los intermediarios de alojamiento de datos, y dentro de ellos a las llamadas «plataformas en línea», que se definen como servicios de alojamiento consistentes en, a petición del destinatario del servicio, almacenar y diseminar información al público (art. 3.i/). A las plataformas en línea se les aplican una serie de obligaciones específicas sobre transparencia, sistemas de recomendación, publicidad, usos indebidos, alertadores fiables, trazabilidad de los comerciantes, gestión de reclamaciones y solución extrajudicial de litigios. Esas obligaciones son de mayor alcance cuando se trate de «plataformas en línea de muy gran tamaño» o motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, que serán aquellos así designados formalmente tras constatar que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión Europea igual o superior a cuarenta y cinco millones (arts. 33 a 43 DSA).

Esta normativa contempla la actividad de intermediación, de la que el consumidor se beneficia, pero no necesariamente se refiere a la contratación de un suministro a cambio de una contraprestación, de modo que tiene más que ver con los deberes regulatorios a que están sujetos esos prestadores. La protección le vendría dada al consumidor por la sujeción del proveedor a esa serie de deberes, no por la tutela de su posición contractual en el marco del suministro de un servicio[3].

3. Más indirectamente todavía operaría en favor del consumidor una normativa como la del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Su objetivo es impedir que los operadores de ciertas plataformas de intermediación en línea, aprovechando su fuerte poder de

No obstante, entre los prestadores intermediarios hay algunos que pueden entrar en contratación directa con el consumidor, como sería señaladamente el caso de los de almacenamiento de datos, los cuales van desde los de *cloud* hasta los de redes sociales. Con los intermediarios que dan servicio de transmisión de datos en red también puede haber relación de suministro, no obstante estos prestadores suelen dar servicios de acceso a la red y de transmisión de datos al mismo tiempo, debiendo recordarse que la Directiva 2019/770 excluye de su ámbito de aplicación –como hemos dicho *supra*– a los prestadores que dan servicio de acceso a Internet.

El concepto de «servicio digital» también se maneja en la Directiva 2016/1148, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, cuyo artículo 4.5) define un «servicio digital», como un servicio de la sociedad de la información que sea de uno de los tipos que figuran en su anexo III, a saber, un mercado en línea[4], un motor de búsqueda en línea[5] o un servicio de computación en la nube[6].

Aquí late de nuevo un interés de mercado o general, de seguridad de las redes y sistemas de información, que excede del interés particular de los consumidores, y que va más allá de la falta de conformidad contractual.

1.2. Los contenidos digitales, en particular los contenidos en línea

Por lo que se refiere a los «contenidos digitales», es una expresión que también puede tener correspondencia con la que se emplea en otros ins-

---

negociación, apliquen condiciones alejadas de las buenas conductas comerciales en sus relaciones con los usuarios profesionales de sus servicios, las cuales perjudiquen los legítimos intereses de estos e, indirectamente, de los consumidores.

4. Servicio digital que permite a los consumidores o a los comerciantes, como se definen respectivamente en el artículo 4, apartado 1, letra a) y letra b), de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), celebrar contratos de compraventa o de servicios en línea con comerciantes, ya sea en el sitio web del mercado en línea o en un sitio web de un comerciante que utilice servicios informáticos proporcionados por el mercado en línea (art. 4.17/ Directiva [UE] 2016/1148).
5. Servicio digital que permite a los usuarios hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web o de sitios web en una lengua en concreto mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra enlaces en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado (art. 4.18/ Directiva [UE] 2016/1148).
6. Servicio digital que hace posible el acceso a un conjunto modulable y elástico de recursos informáticos que se pueden compartir (art. 4.19/ Directiva [UE] 2016/1148).

trumentos de Derecho UE que hablan de «contenidos» en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, si bien suelen referirse de manera específica a los contenidos [digitales] en línea.

Así, el Reglamento (UE) 2017/1128, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de «servicios de contenidos en línea» (el «Reglamento de Portabilidad»), conforme al cual se entiende por tales los servicios de comunicación audiovisual y los servicios caracterizados principalmente por proporcionar el acceso a obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión, ya sea en forma lineal o a la carta [art. 2, 5)]. Es decir, los «contenidos en línea» que pueden ser prestados a través de los «servicios» cuya portabilidad transfronteriza quiere garantizar este instrumento son obras o prestaciones protegidas por propiedad intelectual (producciones audiovisuales y/o emisiones de radiodifusión).

El Reglamento de Portabilidad tiene por objeto: (i) garantizar que los abonados a servicios de contenidos en línea portables puedan acceder y utilizar dichos servicios cuando se encuentren temporalmente en un Estado miembro distinto del de su residencia; (ii) hacer inaplicables las disposiciones contractuales contrarias al mandato de garantizar la portabilidad transfronteriza, incluidas las celebradas entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos de propiedad intelectual; y (iii) establecer que todos los actos relevantes, incluido el acceso y uso del servicio por parte del abonado, se considerarán producidos en el Estado miembro de residencia del abonado y no en el que este se encuentre temporalmente desplazado.

En el Reglamento de Portabilidad hay una contemplación de que los derechos de propiedad intelectual pueden ser una traba para los derechos de los consumidores, en este caso del derecho a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea que tengan contratados. En concreto, uno de los obstáculos a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea puede radicar en las cláusulas de restricción territorial incluidas en los contratos celebrados entre los prestadores de dichos servicios y los titulares de derechos de propiedad intelectual.

El artículo 7.1 del Reglamento de Portabilidad considera inaplicable toda cláusula contractual que pueda comportar un impedimento o limitación de la portabilidad transfronteriza. De este modo, los prestadores de servicios de contenidos en línea no tendrán que responder por el incumplimiento de aquellas disposiciones, pactadas en sus contratos de licencia con

los titulares de derechos, que resulten contrarias a la obligación de hacer posible que sus abonados utilicen tales servicios en régimen de portabilidad transfronteriza[7].

Otro instrumento normativo que se refiere a «contenidos digitales», y más en concreto a «contenidos en línea», es la Directiva 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital («Directiva 2019/790»), cuyo artículo 17 regula el «uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea». Tales prestadores se definen como aquellos prestadores de un servicio de la sociedad de la información «cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos» (art. 2.6).

Se considera –y esta es la novedad del régimen previsto en el artículo 17 de la Directiva 2019/790– que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea llevan a cabo actos de comunicación al público, esto es, deben proveerse de licencia, o al menos intentar hacerlo. Esa licencia cubrirá la actividad de aquellos de sus usuarios que no actúen con carácter comercial ni generen ingresos significativos, mientras que los usuarios que sí actúen movidos con ese ánimo o, en cualquier caso, generen esa clase de ingresos, deberán estar provistos de su propia licencia.

No obstante, se configura una exención de responsabilidad *ad hoc* subordinada a que el prestador haga los mayores esfuerzos por obtener una autorización de manos de los titulares o, en su defecto, mayores esfuerzos para garantizar la indisponibilidad de las obras y prestaciones identificadas pertinentemente por los titulares. Sin perjuicio de ese filtrado preventivo, se exige también una reacción diligente ante una solicitud expresa de retirada de una obra o prestación, inhabilitando acceso a la misma, unida a los subsiguientes mayores esfuerzos para que no vuelva a estar disponible en el servicio (*notice and stay down*).

En esta regulación se advierte cómo la posible presencia de derechos de propiedad intelectual de terceros puede modular el suministro del servicio, o de algunos de los contenidos disponibles en él. El destinatario del servicio asume que algunos de los contenidos accesibles desde el servicio,

7. El conflicto se resuelve en un sentido diferente al de la Directiva 2019/770, como luego tendremos ocasión de ver con detenimiento.

compartidos por otros usuarios, pueden llegar a estar indisponibles por causa de la afectación de derechos de propiedad intelectual ajenos, sin que ello le faculte para reclamar frente al prestador del servicio por una suerte de falta de conformidad. De hecho, el propio usuario del servicio puede ser el causante de una vulneración de derechos de propiedad intelectual ajenos, sin que de nuevo pueda exigir al prestador del servicio que llegue a un acuerdo con los titulares de derechos como una vía para poner el servicio en situación de conformidad. En esa misma línea, tampoco podrá reclamar por falta de conformidad si el contenido por él compartido es removido del servicio, aunque sí debe disponer de un canal interno de reclamación y de mecanismos extrajudiciales de solución de controversias, a fin de intentar lograr que se reponga en el servicio el contenido que había compartido.

Ciertamente, los contenidos digitales no tienen por qué ser contenidos en línea. Así como todos los contenidos en línea han de ser contenidos digitales, no sucede al revés, ya que puede haber contenidos digitales suministrados en un soporte tangible, como puede ser un disco de almacenamiento digital que contenga grabaciones musicales, obras audiovisuales, videojuegos o programas de ordenador. La Directiva 2019/770 se refiere por igual a ambos tipos de contenidos digitales, los suministrados en línea y los suministrados fuera de línea.

2. LA CAUSA DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

La Directiva 2019/770 se abstiene de determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico [Considerando (12)], lo cual deja expresamente a la determinación del Derecho nacional.

En esa misma línea, tal y como hemos señalado, el Considerando (19) indica que la Directiva 2019/770 se aplica con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para dar acceso a estos, habida cuenta de que existen numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales (v. gr. transmisión en un soporte material, descarga por los consumidores en sus dispositivos, transmisión a través de la web, permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales, acceso al uso de redes sociales).

Parecen dos decisiones razonables[8]. El objetivo de la Directiva 2019/770 es otorgar un mecanismo de protección contractual armonizado para todos los consumidores involucrados en contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Cualquier definición de la naturaleza o tipo del contrato se habría traducido en un acotamiento del ámbito de aplicación de la Directiva, con la consiguiente menor protección de los consumidores[9]. Ídem si el legislador comunitario hubiera establecido una delimitación cerrada de los tipos de soportes o canales válidos para la transmisión de los contenidos o servicios digitales o para el acceso a los mismos.

Con motivo de la transposición de la Directiva 2019/770 a nuestro Derecho interno, a través de la modificación introducida en la LGDCU por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, y debido a que nuestro legislador ha transpuesto a la vez la Directiva 2019/770 y la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes

8. En contra, al menos respecto de la primera de esas decisiones, *vid.* FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, 4/2021, p. 180, quien considera que el legislador español debería haber recogido de forma expresa el contrato en virtud del cual se suministra un contenido o un servicio digital y definirlo de algún modo, llegando a formular una propuesta de definición de su propia cosecha.

9. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I, «Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL», en *Tratado de la Compraventa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 754-755, opina que el contrato de suministro de contenidos digitales, descrito entonces en el considerando (19) de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, «se configura como un *tertium genus* entre la compraventa de mercaderías y el contrato de prestación de servicios»; aunque para este autor esa indefinición del legislador comunitario era un desacierto, al generar inseguridad jurídica a propósito del tipo contractual y su régimen jurídico supletorio. La Directiva 2019/770 ha evitado en realidad configurar un tipo contractual autónomo para el suministro de contenidos o servicios digitales, simplemente admite que dicho suministro se logre a través de diferentes tipos contractuales, sin prejuzgar cuáles sean. Por su parte, MINERO ALEJANDRE, G.: «Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 520, recuerda que cuando nuestro legislador transpuso esa Directiva a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, optó por eludir la calificación jurídica de estos contratos y se limitó a aplicarles algunos de los mecanismos de protección de los consumidores previstos en la Directiva 2011/83/UE, tales como los deberes de información precontractual o el derecho de desistimiento.

(«Directiva 2019/771»), hallamos una definición de «contrato de compraventa o venta», como «todo contrato celebrado, en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes al consumidor o usuario pudiendo llevar incluido la prestación de servicios», la cual parece excluir que un contrato cuyo objeto sea única o principalmente el suministro de servicios digitales pueda adoptar la forma de compraventa. No parece que esto concuerde con lo señalado en el considerando (12) de la Directiva 2019/770, el cual no prejuzga la posibilidad de que el suministro tanto de un contenido como de un servicio digital pueda realizarse por medio de un contrato de compraventa[10].

De manera complementaria, en este caso a causa de que la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ha quedado inscrita dentro de la LGDCU, nuestro legislador incluye una definición del «contrato de servicios», según la cual hay que entender por tal «todo contrato, con excepción del contrato de venta o compraventa, celebrado en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario, incluido aquel de carácter digital».

Desde el punto de vista de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales habría sido preferible que nuestra legislación interna no incorporase esa definición, que no se encuentra en la Directiva 2019/770 (tampoco obviamente, en la 2019/771). En el ámbito de la sociedad de la información, hace tiempo que el concepto de «servicio» está lejos del esquema tradicional conforme al cual un servicio consiste en un *facere* que se intercambia a cambio de un precio. Un servicio de la sociedad de la información puede consistir en un *dare* respecto de objetos susceptibles de ser suministrados en línea (datos, información, comunicaciones comerciales) así como en la facilitación de utilidades para buscar o transmitir datos en la red o para albergar datos del destinatario de los servicios (v. gr. un motor de búsqueda en línea o un servicio de *cloud computing*)[11].

10. Asimismo, como después veremos, en el ámbito de los programas de ordenador el TJUE ha dictaminado que el contrato de licencia de *software* por tiempo ilimitado, incluso aunque el programa se suministre en línea, equivale a una compraventa y produce los efectos propios de la misma desde el punto de vista del agotamiento de los derechos de autor.

11. *Vid.* Considerando (19) de la DCE.

II. CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y PROPIEDAD INTELECTUAL

1. LA PROTECCIÓN POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

No puede trazarse una equivalencia perfecta entre «contenidos y servicios digitales» y «objetos protegidos por la propiedad intelectual», dado que también son contenidos digitales cualesquiera datos aunque no conformen objetos protegibles por derechos de propiedad intelectual, y por su parte los servicios digitales pueden servir para crear, tratar, compartir, almacenar o consultar datos en formato digital, de nuevo sean o no objetos protegibles por derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, cuando la Directiva 2019/770 ejemplifica en el considerando (19) esos contenidos y servicios digitales que configuran su objeto, lo cierto es que en su mayor parte tienden a referirse a obras o prestaciones intelectuales. Así sucede con los programas informáticos (sean o no *software* como servicio), las aplicaciones, los archivos de vídeo, audio o música, los juegos digitales, los libros y otras publicaciones electrónicas, así como los servicios de intercambio de vídeos y audio. Otros de los servicios allí mencionados, como los de alojamiento de archivos, tratamiento de textos y redes sociales, resultan más generales y no tienen por qué comportar, o no solo, el uso de objetos protegibles por la propiedad intelectual.

La anterior percepción la corroboran también los considerandos (31) y (32). En el primero se aclara que la Directiva 2019/770 no se aplica a los contenidos o servicios digitales que se faciliten a un público general como parte de un espectáculo *in situ* (v. gr. una proyección cinematográfica), aunque sí en servicios que llegan a la audiencia mediante la transmisión de señales (v. gr. servicios de televisión digital). En el segundo se dice que tampoco se aplica al *software* libre y de código abierto, siempre que no se suministre a cambio de un precio ni de los datos personales del consumidor.

De hecho, cuando la Directiva 2019/770 aborda la cuestión de los posibles derechos de terceros, no por casualidad lo particulariza de manera explícita en los derechos de propiedad intelectual.

Así, el artículo 10 dice que «*cuando una restricción derivada de la vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, impida o limite el uso de los contenidos o servicios digitales de conformidad con los artículos 7 y 8, los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda exigir*

las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 14, salvo que el Derecho nacional prevea en estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales».

Por consiguiente, cabe decir que, en su mayoría, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales estarán en juego bienes inmateriales sobre los que podrían recaer derechos de propiedad intelectual que, a su vez, podrían impedir o limitar el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados.

Eso no quiere decir que lo suministrado al consumidor de contenidos o servicios digitales sean los derechos de propiedad intelectual sobre tales contenidos o servicios. Lo suministrado es, en rigor, el soporte –digital– del bien inmaterial, no la propiedad intelectual que pueda proyectarse sobre él, como se refleja en el hecho de que la Directiva 2019/770 hable de «archivos» (de vídeo, audio o música), así como de «libros» electrónicos u «otras publicaciones» electrónicas.

Los archivos digitales o los soportes electrónicos serán los vehículos a través de los cuales el consumidor accederá y disfrutará de las obras musicales, audiovisuales o literarias que en ellos se encuentren materializados, quedando la capa inmaterial de esos contenidos y servicios en un plano ajeno a la relación entre el empresario que suministra el contenido o servicio y el consumidor que lo adquiere. Esto es, por otra parte, lo que sucede tradicionalmente con el consumo de soportes que contienen obras intelectuales, aunque no se trate de soportes digitales: lo que se adquiere es el derecho sobre el soporte, no el derecho de propiedad intelectual sobre la obra en él embebida[12].

Dicho lo cual, como veremos *infra* más detenidamente, la relación tradicional entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los destinatarios de sus obras y prestaciones ha cambiado profundamente en el entorno digital. Los consumidores de obras y prestaciones intelectuales, *rectius* de los soportes tangibles o intangibles de las mismas, no necesitaban en el entorno analógico proveerse de ningún derecho de propiedad intelectual, por lo que tampoco entraban en relación directa con el titular de los

12. Se trata de un principio universal en materia de Derecho de autor que en nuestro ordenamiento está recogido en el artículo 56.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril («TRLPI»), en virtud del cual, «*el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última*».

derechos: no eran licenciatarios o cesionarios de los derechos, condición que solo necesita tener quien explota obras o prestaciones protegidas, no quien las disfruta o consume.

En el entorno digital, sin embargo, se produce un cambio de paradigma, pues algunos de los actos que típicamente realiza el usuario final del soporte de una obra o prestación protegidas en ese entorno, pueden comportar la afectación de derechos de propiedad intelectual. Ello conduce a dotar a ese usuario final de la condición de licenciatario a fin de que pueda legítimamente realizar dichos actos. De esta forma, el suministro de contenidos o servicios digitales puede llegar a penetrar en la capa de los derechos de propiedad intelectual subyacentes a dichos contenidos o servicios.

Esto explica que el considerando (53) de la Directiva 2019/770 señale lo siguiente:

«*Las restricciones del uso por el consumidor de los contenidos o servicios digitales de conformidad con la presente Directiva podrían derivarse de las limitaciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Derecho en materia de propiedad intelectual. Dichas restricciones pueden derivarse del acuerdo de licencia del usuario final en virtud del cual se suministren al consumidor los contenidos o servicios digitales. Este puede ser el caso cuando, por ejemplo, el acuerdo de licencia de un usuario final prohíba al consumidor utilizar determinadas características relacionadas con la funcionalidad de los contenidos o servicios digitales. Tal restricción podría hacer que los contenidos o servicios digitales incumplan los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, si se refiere a características que suelen encontrarse en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. (…)*».

Como puede verse, el legislador de la Unión tiene presente que, cuando un contenido o servicio, en este caso digital, se sustenta sobre un bien protegido por derechos de propiedad intelectual, el titular de estos últimos puede haber introducido restricciones que afecten a la comercialización de aquel contenido o servicio. Y añade que esas restricciones pueden haberse reflejado en el acuerdo de licencia de usuario final a través del cual se suministren al consumidor los contenidos o servicios digitales (v. gr. porque en ese acuerdo de licencia se prohíba al consumidor ciertas utilizaciones relacionadas con la funcionalidad del contenido o servicio), supuesto en el cual puede producirse una colisión entre esa restricción, debida a consideraciones relacionadas con la propiedad intelectual, y el estándar de conformidad objetiva del contenido o servicio digital suministrado.

2. EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES DESDE LA ÓPTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

No prejuzgar la naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, tal como hace la Directiva 2019/770, entendemos que resulta acertado, al menos cuando hablemos de contenidos protegidos por propiedad intelectual, ya que la comercialización de obras y prestaciones por vía electrónica ha suscitado cierto debate a propósito de cuál es el derecho que se pone en juego, y por ende cuál es la causa del contrato a través del cual se facilita al consumidor el acceso al contenido suministrado en línea[13].

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, ha resultado controvertido si el acto de transmisión interactiva de una obra o prestación pone en marcha el derecho de distribución o el derecho de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición del público.

El derecho de distribución implica poner a disposición del público destinatario un ejemplar de la obra o prestación, a través de cualquier forma que sirva para transmitir la propiedad (venta, donación) o para ceder temporalmente el uso (alquiler, préstamo) del ejemplar. La distribución por tanto es una forma de explotación basada en la circulación de soportes tangibles[14].

Por su parte, el derecho de puesta a disposición del público comporta la creación de una posibilidad de acceso a través de una red de telecomunicación, de manera que los miembros del público puedan acceder a la obra o prestación desde el lugar y en el momento que elijan. Por definición, la comunicación al público, en cuya órbita se inscribe la puesta a disposición del público, implica que la accesibilidad del público a la obra o prestación se

---

13. APARICIO VAQUERO, J. P.: «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *InDret* 3-2016, pp. 9-13, considera que, si bien en el ámbito del Derecho de consumo puede no ser relevante la exacta categorización del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, dado que la regulación es, a la postre, uniforme en aspectos tales como la información contractual, el derecho de desistimiento o la falta de conformidad, desde la óptica de la propiedad intelectual sí tiene incidencia establecer si nos hallamos con una explotación basada en un soporte tangible o intangible, dado que el régimen jurídico del derecho de distribución no coincide con el de comunicación al público y puesta a disposición del público.

14. De acuerdo con el Considerando (28) de la Directiva 2001/29, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva 2001/29), «*la protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible*».

propicia sin la previa distribución de ejemplares a los miembros del público[15]. Es decir, a diferencia de la distribución, estamos ante una forma de explotación de carácter intangible o incorporal.

Así las cosas, un contenido digital protegido por derechos de propiedad intelectual puede ser objeto de distribución, si se materializa en un soporte tangible (v. gr. un CD o un DVD), o de puesta a disposición del público (v. gr. un archivo de audio o de vídeo transmitido por Internet). En un caso, el contrato por el que se suministra el contenido será un contrato de compraventa o de alquiler, mientras que en el otro estaremos ante un servicio en línea en el que, en principio, no cabe hablar de compraventa, ni siquiera en el supuesto de que el consumidor pueda descargarse el contenido de forma duradera, ya que lo que se facilita es el *acceso* para la elaboración de una copia por el propio usuario y no un *ejemplar* previamente manufacturado.

Con todo, hay que admitir que la frontera entre el suministro de un soporte tangible y el acceso al contenido protegido en forma incorporal, que es nítida en el entorno analógico, se difumina cuando nos trasladamos al entorno digital en línea, donde una copia del contenido en formato digital es transmitida por la red para ser recibida en el terminal del destinatario, el cual recupera o descarga el archivo a fin de disfrutar del contenido transmitido.

Ese proceso ha hecho surgir la duda de si, puesto que el archivo electrónico que contiene la obra viaja por la red y desemboca en una reproducción –temporal o permanente– del archivo en el dispositivo del usuario, se puede considerar un caso de distribución, al menos cuando la copia elaborada por el destinatario sea permanente, ya que entonces el acceso a la obra acaba realizándose a través de un soporte tangible. O si, por el contrario, en la medida en que todo el proceso ocurre por vía electrónica, lo que se crea es una posibilidad de acceso a favor del destinatario del servicio, que es en todo caso quien se fabrica su ejemplar, sin que se pueda decir que el proveedor se lo ha proporcionado, por lo que se debe entender que es un caso de puesta a disposición del público y por tanto de comunicación pública.

La cuestión desde la óptica de los derechos de propiedad intelectual es relevante porque, mientras que el derecho de distribución se agota tras el primer acto de transmisión mediante venta –o acto equivalente de enajenación de la propiedad– hecho con el consentimiento del titular, el de

15. *Vid.* definición del artículo 20.1 TRLPI.

comunicación al público no se agota por el hecho de haber tenido lugar un primer acto de comunicación con consentimiento del titular.

Conforme al artículo 4 de la Directiva 2001/29, el derecho de distribución respecto del original o copias de las obras se agotará en el territorio de la Unión en tanto tenga lugar en el territorio de un Estado miembro una primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento. Frente a ello, el artículo 3.3 de esa misma Directiva prevé que «*ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2*» [a saber, y respectivamente, el derecho exclusivo de comunicación al público de los autores, incluida la puesta a disposición del público, y el derecho exclusivo de puesta a disposición del público de artistas, productores y organismos de radiodifusión].

Como explica el Considerando (29) de la Directiva 2001/29, «*el problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea. Ello se aplica también a las copias materiales de una obra o prestación efectuadas por un usuario de dicho servicio con el consentimiento del titular del derecho. Por consiguiente, cabe aplicar lo mismo al alquiler y préstamo del original y de copias de las obras o prestaciones que por su naturaleza constituyan servicios. A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor*».

Aquí se aprecia con claridad la contraposición entre el suministro de contenidos embebidos en soportes tangibles, confeccionados con carácter previo al acto de transmisión, a los que el legislador comunitario se refiere como «mercancías», y la prestación de servicios en línea, que no lo son, y por ende no pueden dar lugar al agotamiento del derecho.

Desde el punto de vista del suministro de contenidos y servicios digitales, esto significa que, cuando pueda establecerse que estamos ante un acto de distribución, el titular de la propiedad intelectual verá agotarse su derecho, de modo que no podrá impedir que el adquirente del soporte tangible de su obra o prestación lleve a cabo la reventa de dicho soporte, debiendo considerarse que la susceptibilidad del ejemplar de ser revendido es una característica inherente al mismo a efectos de conformidad objetiva, es decir, se trataría de una característica necesaria para considerar que el contenido es *apto para los fines a los que normalmente se destinen contenidos del*

mismo tipo, teniendo en cuenta toda norma vigente de la Unión o nacional (art. 8.1.a/ de la Directiva 2019/770).

Dicho esto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha abierto los ojos sobre la complejidad de la diferenciación entre soporte tangible e intangible en el entorno digital. Si bien, también muestra que la relación entre el concepto de distribución (copias tangibles) y puesta a disposición del público (soportes intangibles) no juega de la misma forma en el ámbito del *software* y en el del resto de objetos protegidos por la propiedad intelectual.

A este respecto, se deben tener en cuenta dos importantes sentencias del TJUE: la de 3 de julio de 2012, *Usedsoft GmbH y Oracle International Corp.* (C-128/11), y la de 19 de diciembre de 2019, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers y Tom Kabinet Internet BV y otros* (C-263/18), a las que me referiré como la «Sentencia Usedsoft» y la «Sentencia Tom Kabinet», respectivamente.

Comenzando por la primera, en el asunto principal se enfrentaban la compañía Oracle, que desarrolla y distribuye programas de ordenador, en su mayor parte a través de su página web, desde la que los clientes pueden descargarse en sus ordenadores una copia del programa adquirido, y Usedsoft, una empresa dedicada a comercializar *software* de segunda mano. La licencia de Oracle concedía a los adquirentes del programa «un derecho de uso indefinido, no exclusivo y no transmisible». Se trataba de licencias multi-usuario, por paquetes de 25 unidades, lo que generaba que algunos clientes poseyesen licencias de uso de sobra. Usedsoft adquiría de los clientes de Oracle las licencias de uso sobrantes, y las revendía a nuevos clientes: si estos no eran licenciatarios del programa, Usedsoft se lo descargaba de la web de Oracle, y si ya lo eran, simplemente les replicaba una copia del programa en tantas estaciones de trabajo como unidades adquiriesen. En su demanda, Oracle sostenía que sus licencias no autorizaban la transmisión a terceros, y que por ende los adquirentes de copias de segunda mano no podían considerarse «usuarios legítimos» del programa, con la consiguiente infracción de los derechos de explotación de los que era titular.

Tras analizar el contrato trabado entre Oracle y sus clientes, el TJUE concluye que su finalidad es permitir a los adquirentes utilizar una copia del programa de manera permanente a cambio del pago de un precio, lo que equivale a una transferencia de la propiedad y por tanto a una «primera venta» del programa. Ello, a su vez, permite activar el principio del agotamiento del derecho de distribución, aunque la copia se haya puesto a disposición en

línea y por tanto se haya comercializado mediante un soporte no tangible. Ese agotamiento puede ser invocado por el comprador de segunda mano de la copia del programa y sucesivos adquirentes, los cuales merecen ser considerados «usuarios legítimos» en el sentido de la Directiva 2009/24[16].

En otras palabras, en unas circunstancias como las del del asunto Usedsoft, el TJUE descarta considerar que la puesta a disposición de una copia de un programa de ordenador a través de una página web constituya un acto de puesta a disposición del público en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, el cual, según el apartado 3 de dicho precepto, no puede dar lugar al agotamiento del derecho. Ahora bien, el TJUE se apresura a señalar que las disposiciones de la Directiva 2009/24, y en concreto su artículo 4.2, son *lex specialis* en relación con las disposiciones de la Directiva 2001/29, de tal modo que la solución aplicada al *software* no es extrapolable a otros contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

Así se confirmó posteriormente en la Sentencia Tom Kabinet. En ella se trataba de un caso de *reventa* de libros electrónicos. Tom Kabinet explotaba un «club de lectura» en línea en el que ponía a disposición de sus miembros, a cambio de una cantidad de dinero, libros electrónicos *de segunda mano* que habían sido adquiridos por el propio Kabinet o bien le habían sido donados a título gratuito por los miembros del club. En este último supuesto, dichos miembros debían facilitar el vínculo para la descarga del libro en cuestión y declarar que no habían conservado ninguna copia de este.

Sendas entidades representativas de editores interpusieron demanda sobre la base de que lo que hacía Tom Kabinet, a través del club de lectura, era una comunicación al público no autorizada de libros electrónicos. La defensa de Tom Kabinet sostuvo que la venta de libros electrónicos constituye un acto de distribución y que, por tanto, este derecho se habría agotado tras la primera venta.

16. El TJUE establece dos exigencias para que pueda producirse ese agotamiento. En primer lugar, el comprador inicial deberá hacer inutilizable la copia que hubiera llegado a tener en su poder, pues de otro modo, al no ser ya él el usuario legítimo de la copia redistribuida, estaría violando el derecho exclusivo del titular a la reproducción de su programa. Segundo, el adquirente del *software* de segunda mano deberá llevar a cabo la instalación de las copias adquiridas, y no limitarse a usar en mayor escala la copia que de ese mismo programa ya dispusiera. Ello es porque, en otro caso, la adquisición de derechos de uso adicionales no se referiría a la copia respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución, sino que serviría para extender el número de usuarios de la copia que el propio adquirente ya tuviera instalada, lo que son cosas diferentes.

El TJUE concluye que el suministro al público, mediante descarga, de un libro electrónico para su uso permanente constituye un acto de comunicación al público y no de distribución, pues esta se refiere a copias o soportes tangibles, las cuales están ausentes en una transmisión electrónica por Internet.

El TJUE es consciente de que en la Sentencia Usedsoft había dicho que, desde un punto de vista económico, la venta de un programa de ordenador en un soporte material y la venta de un programa de ordenador mediante descarga de Internet son similares, puesto que la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material. Sin embargo, el TJUE no considera que ese razonamiento sea extrapolable a los libros electrónicos, en donde no se da la misma clase de equivalencia económica y funcional entre la venta de un libro en papel y la venta de un libro electrónico: la copia digital no se deteriora, la copia de segunda mano es idéntica a la original e intercambiarla apenas requiere costes, por lo que el mercado paralelo de segunda mano puede afectar al interés de los titulares en obtener una retribución adecuada por sus obras, de forma mucho más significativa que el mercado de segunda mano de objetos tangibles, a diferencia de lo que ocurre en materia de *software*.

Así las cosas, desde el punto de vista de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[17], debemos concluir que, mientras que la copia de un programa de ordenador, suministrada bajo una licencia similar a la del caso Usedsoft y bajo el resto de condiciones señaladas por la Sentencia Usedsoft[18], debe ser susceptible de reventa como un elemento objetivamente inherente al contenido o servicio en cuestión, no sucede lo mismo con el suministro de cualquier otro contenido o servicio digital distinto del *software*, el cual solo deberá ser susceptible de reventa como característica definitoria

17. Para MINERO ALEJANDRE, G.: «Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 520, se debe tener en cuenta lo decidido por el TJUE al calificar el acto de explotación desde el punto de vista de la propiedad intelectual, con independencia de la calificación del contrato desde el punto de vista del Derecho de los consumidores.

18. En tanto se trata de condiciones de aplicabilidad de la doctrina del agotamiento al suministro de programas de ordenador mediante venta en línea, no se trata de una divergencia entre una característica de los contenidos o servicios digitales y los requisitos objetivos de conformidad, por lo que no es necesario que el empresario informe al consumidor de esas condiciones de manera específica en el momento de la celebración del contrato, ni que este las acepte de forma expresa y por separado ex artículo 8.5 de la Directiva 2019/770.

del mismo cuando el contenido haya sido objeto de suministro mediante un acto de distribución mediante venta de un soporte tangible.

III. DERECHO DEL CONSUMO Y DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La transposición de las directivas de la Unión Europea en materia de contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales se ha producido en España a través de la modificación de la LGDCU, operada por el artículo decimosexto del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

El Derecho del consumo y el de la propiedad intelectual tienen aproximaciones diferentes en materia de contratos de suministro y contenidos digitales. En el Derecho de propiedad intelectual las obras y prestaciones explotadas tienen como destinatarios a los miembros del público, a los que se dirigen los actos de comunicación pública o los ejemplares distribuidos. En el Derecho de consumo, el consumidor no es visto como destinatario de un bien intelectual, sino como adquirente de un ítem (ejemplar físico o virtual, servicio de comunicación por ondas o en *streaming*) que puede ser, a su vez, vehículo de una obra o prestación protegidas, pero en el que prima la aptitud para proporcionar al adquirente la utilidad propia de ese soporte[19].

Así, el Considerando (48) de la Directiva 2019/770 recoge un ejemplo de falta de conformidad de un *software* de cifrado de datos que no aplica las medidas apropiadas para garantizar por diseño la protección de datos personales de modo que los datos no se revelen a destinatarios no autorizados. La óptica de esta regulación es, como expresa con carácter general el artículo 1 de la Directiva 2019/770, la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad.

En el esquema tradicional del Derecho de autor, el titular originario de los derechos de explotación no suele ejercitarlos de forma directa sino que los cede a un sujeto que se ocupa de realizar las actividades necesarias para

19. Para CÁMARA LAPUENTE S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11 (2014), p. 85, «debe repensarse para el contexto digital la colisión entre el Derecho de consumo y el Derecho de propiedad intelectual que, en buena medida, atienden a intereses contrapuestos y, por ende, exigen una adecuada ponderación con reflejo legislativo».

poner en el comercio la obra. El cesionario incurre en la explotación de la obra a través de actos de reproducción, distribución o comunicación pública. El público destinatario de esos actos, por su parte, no realiza acto alguno de explotación cuando procede a usar o disfrutar del ejemplar adquirido o el soporte intangible al que ha tenido acceso (cuando lee, visiona, escucha o juega). Es decir, los titulares de propiedad intelectual no efectúan cesión de derechos a los miembros del público, dado que estos no explotan, son simples receptores de actos de explotación desarrollados por otros. De ahí que, en principio, no haya una zona de confluencia entre las normas reguladoras de los contratos con consumidores y las normas de propiedad intelectual.

Todo lo más, el Derecho de la propiedad intelectual regula el ámbito de que dispone el destinatario de las obras y prestaciones para poder realizar ciertos actos que serían susceptibles de afectar a algún derecho exclusivo del titular, sin necesidad de pedir permiso para ello. Se trata de los límites o excepciones legales, que delimitan una zona franca alrededor de los destinatarios de los bienes intelectuales que no puede ser restringida por los titulares ni por quienes comercializan al público los soportes de los bienes intelectuales[20]. El estatus definido por los límites, como por ejemplo el de copia privada, debe ser respetado por los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando comercialicen sus obras o prestaciones[21].

En el contexto de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, eso significa que la habilidad de un soporte para la realización de actos amparados por un límite legal formaría parte de los requisitos objetivos de conformidad, en el sentido de que si el soporte impidiera el disfrute de un límite podría considerarse que no es apto «*para los fines a los que normalmente se destinen contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o*

20. En nuestro ordenamiento, la regulación general sobre límites a los derechos de autor se contiene en los artículos 31 a 40 ter del TRLPI.

21. CÁMARA LAPUENTE S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11 (2014), p. 85, observa cómo «el Derecho de consumo busca garantizar los derechos del consumidor también cuando adquiera la propiedad o el uso de obras o prestaciones amparadas por la propiedad intelectual, limitando así los derechos de los titulares de éstas y evitando su abuso tanto en la fase de contratación como en la de ejecución del contrato; mientras que la normativa de propiedad intelectual tiende a contemplar al usuario final como beneficiario de una serie de límites o excepciones a los derechos del titular de la propiedad intelectual (v. gr., la copia privada), más que como titular a su vez de plenos derechos subjetivos, en buena parte de los casos».

nacional» (artículo 8.1.a/ de la Directiva 2019/770, transpuesto en el artículo 115 ter.1.a/ de la LGDCU).

IV. LA COMERCIALIZACIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS POR LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO DIGITAL

El esquema acabado de describir en el epígrafe anterior se trastoca en el caso de la explotación de contenidos protegidos por propiedad intelectual en el entorno digital. Con el advenimiento del *software* –y luego de las bases de datos electrónicas– y su comercialización en masa, se implantó un modelo de negocio completamente distinto, construido sobre la premisa de que los adquirentes del programa de ordenador –o de la base de datos electrónica– realizan una explotación cuando meramente lo hacen funcionar en sus ordenadores, en tanto el *uso* o *ejecución* del programa comporta una *reproducción* de este, aunque sea técnica y efímera.

Debido a ello, necesitan proveerse de una licencia de uso de manos del titular de los derechos. En virtud de ese esquema, el adquirente de una copia de un programa de ordenador –o una base de datos electrónica– es considerado un «usuario legítimo» (*cfr.* artículos 100 y 34 del TRLPI), esto es, alguien con capacidad para llevar a cabo las actividades que la licencia mencione, incluidas las que puedan afectar a derechos de explotación, en tanto sean necesarias para ejecutar el programa[22].

1. LA «CONTRACTUALIZACIÓN» DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE AUTOR

Cuando el titular de la propiedad intelectual traba una relación de licencia directa con el usuario final, tiende a desplazarse a un segundo plano la

22. *Vid.* APARICIO VAQUERO, J. P.: *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 80-82, quien recuerda que en el mercado de los programas distribuidos en masa intervienen proveedores intermediarios que son quienes suministran el producto al usuario final, siendo así que estos intermediarios son ajenos al contrato de licencia, que se traba entre el titular de los derechos (licenciante) y el usuario final (licenciatario), limitándose a participar en el contrato conexo de venta del ejemplar físico del programa. No obstante, observa este autor que en el mercado electrónico este contrato accesorio desaparece, como desaparece el propio intermediario e incluso el soporte, pues los programas son objeto de descarga directa desde el sitio web del propio licenciante.

disciplina de los límites a los derechos de autor, como si se tratara de una materia de índole dispositiva[23].

Así, la regulación de programas de ordenador contiene normas específicas sobre límites que están invadidas de alusiones al usuario legítimo –a que éste pueda o no hacer determinada utilización, dependiendo de que quepa o no un pacto contractual en contra–. Si se repasan dichas normas, más que límites *stricto sensu*, se aprecia que se trata de restricciones a la autonomía de la voluntad en sede de licencias de uso de programas de ordenador[24].

Así, cuando se proclama que el usuario legítimo de un programa de ordenador no necesitará autorización del titular para realizar una reproducción o transformación del programa, incluida la corrección de errores, para la utilización del mismo con arreglo a su finalidad propuesta (artículo 100.1 TRLPI); o cuando se permite al usuario legítimo la realización de una copia de seguridad en cuanto resulte necesaria para la utilización del programa (artículo 100.2 TRLPI); o se admite incluso la reproducción y traducción del código del programa cuando estos actos sean indispensables para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas, con sujeción a ciertos requisito y finalidades (artículo 100.5 y 6 TRLPI).

De manera análoga, el artículo 34.1 del TRLPI dispone que «*el usuario legítimo de una base de datos (…), podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor (…)*», y subraya que «*cualquier pacto en contrario a lo establecido en esta disposición será nulo de pleno derecho*».

El estatus que la legislación de propiedad intelectual garantiza al usuario legítimo de un programa de ordenador o de una base de datos electrónica,

---

23. En el esquema tradicional de la propiedad intelectual, en el que los miembros del público no son tratados como *usuarios legítimos* de la obra, sino como adquirentes de la propiedad de un ejemplar o destinatarios de un acto de comunicación pública, no se plantea si las normas que regulan los límites son de índole dispositiva o imperativa, ya que los límites se refieren a usos que no repercuten sobre los derechos que pueda ostentar el sujeto que entra en contacto con el usuario final (v. gr. distribuidor al por menor de discos o vídeos, organizador de un espectáculo), sino con los que retienen en su poder los titulares de derechos.

24. Al respecto puede verse el esclarecedor análisis de APARICIO VAQUERO, J. P.: «Los programas de ordenador como obras sujetas al Derecho de autor: excesos e insuficiencias del marco normativo y sorprendentes desarrollos jurisprudenciales», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 48 (2014), pp. 43-47.

traducido en esa serie de actos necesarios para el propio uso o disfrute de los mismos, integra los requisitos objetivos de conformidad del contenido o servicio digital correspondiente, a los efectos de lo previsto en los artículos 8.1.a/ de la Directiva 2019/770 y 115 ter.1.a) de la LGDCU.

La tendencia iniciada con programas de ordenador y bases de datos, que se remonta a los años noventa del pasado siglo, se vio continuada con otros contenidos protegidos por la propiedad intelectual cuando surgió la posibilidad de comercializarlos bajo un esquema de licencia de usuario[25]. Con la generalización del uso de Internet a partir de los primeros años dos mil, el entorno en red fue propiciando el surgimiento de esa franja de contacto directo entre el titular de la propiedad intelectual y los adquirentes de los contenidos, sin intervención de los intermediarios que se daban cita en el entorno analógico (librerías, tiendas de discos, videoclubs, etc.).

Ese fenómeno se acompasó con otro que lo hizo posible desde un punto de vista fáctico, como fue la implementación de medidas tecnológicas de protección (v. gr. sistemas anticopia), las cuales dan al titular de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de hacer valer determinadas restricciones de uso impuestas por contrato.

Pues bien, si las licencias de uso supusieron una *contractualización* de los límites a los derechos de autor, las medidas tecnológicas de protección trajeron consigo una *comodificación* de la propiedad intelectual.

2. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN: LA «COMODIFICACIÓN» DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Las medidas tecnológicas de protección ya habían recibido una contemplación legal en sede de programas de ordenador, donde se venía calificando

25. ATAZ LÓPEZ, J.: «Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual», en *Contratación en el entorno digital* (coords. I. González Pacanowska y M. C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, sub § II.2, se muestra muy crítico con la consideración de estas licencias de usuario final, que desde el *software* han acabado por invadir la comercialización de todos los contenidos digitales. En su opinión, no cabe calificarlas como contratos autónomos, sino como cláusulas integradas en el contrato por el que el usuario final accede a la obra protegida y que delimita el objeto que se le transmite y los usos que se le autorizan. Las asimila en cierto modo a las reservas de derechos, pero cree que, en cuanto constituyen una auténtica delimitación del contenido del contrato, no serían de aplicación si no fueran cognoscibles por el adquirente antes de la adquisición.

como infracción no solo la realización de actos de explotación directa del *software* sin ostentar la condición de usuario legítimo, o la comercialización o tenencia de copias ilícitas de programas de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima, sino también la puesta en circulación o la tenencia con fines comerciales de cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador (artículo 102.c/ TRLPI).

Pero la generalización de la protección de las medidas tecnológicas aplicadas a cualesquiera tipos de obras se produjo con la aprobación de la Directiva 2001/29, la cual dispuso la necesidad de que los Estados miembros establecieran una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo (artículo 6.1), así como frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que: (i) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección (ii) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o (iii) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz (artículo 6.2).

El artículo 6.3 de la Directiva 2001/29 define las medidas tecnológicas de protección como «*toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos*», al tiempo que señala que dichas medidas se considerarán «eficaces» cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.

La regulación y protección de las medidas tecnológicas de protección se encuentra recogida en nuestro ordenamiento interno en el artículo 196 TRLPI, que realiza una traslación de los preceptos comunitarios acabados de reseñar.

Un titular de derechos puede, por tanto, implementar medidas tecnológicas para controlar el acceso o uso de su obra, y el ordenamiento le pro-

tege, tanto frente a la elusión directa de las medidas como frente a actos que faciliten a otros realizar la elusión[26]. Esa protección es la propia de las acciones de tutela de los derechos de propiedad intelectual, como dice el artículo 196.1 TRLPI, por más que la protección que brindan las medidas tecnológicas de protección no responda a la lógica de la propiedad sobre objetos inmateriales sino sobre objetos materiales.

En efecto, una medida tecnológica de protección proporciona un blindaje de tipo material. Lo que se protegen son los soportes o archivos electrónicos que contienen físicamente las obras y prestaciones, impidiendo *de facto* al usuario hacer actos que, de otro modo, tendría materialmente a su alcance realizar. Las medidas tecnológicas de protección son una manifestación de desconfianza hacia la eficacia de la protección clásica que otorga la propiedad intelectual: en lugar de confiar en que el usuario se abstendrá de realizar actos de explotación de las obras o prestaciones a las que se le da acceso mediante un soporte tangible o intangible, el titular introduce una barrera física de modo que, aunque lo pretendiera, el usuario tendrá vedado efectuar actos que puedan penetrar en la órbita de exclusiva del titular.

La implementación de medidas tecnológicas de protección a fin de controlar o impedir actos que sean relevantes desde el punto de vista de la propiedad intelectual, puede implicar, desde la óptica del Derecho de consumo, la facilitación al consumidor de un contenido o un servicio digital que no resulte objetivamente apto para los fines a los que normalmente se destinen contenidos o servicios digitales del mismo tipo[27]. Ello, a su vez,

---

26. El derecho a implementar medidas tecnológicas de protección se le reconoce al titular de los derechos de propiedad intelectual (originario o derivativo), no a quien lleve a cabo la comercialización del soporte de una obra o prestación si no está investido de derechos a título derivativo. *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Tema 15», en *Manual de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 484. En coherencia con ello, el considerando (53) de la Directiva 2019/770 habla de las restricciones de uso del consumidor de los contenidos o servicios digitales *impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Derecho en materia de propiedad intelectual*.

27. No es la única perspectiva que interesa desde el punto de vista del Derecho de consumo. Así, en materia de información precontractual que debe facilitarse al consumidor, el artículo 60.2.i) de la LGDCU dispone que, entre la información relevante sobre las características principales del contrato que el empresario deberá facilitar al consumidor antes de que quede vinculado por un contrato, está «*la funcionalidad de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional*» [énfasis añadido].

dependerá de si se puede considerar que las medidas tecnológicas de protección implementadas por el titular respetan el equilibrio que el legislador ha diseñado a fin de salvaguardar el legítimo ejercicio de los límites por parte del destinatario de los contenidos o servicios.

3. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El reconocimiento de protección a las medidas tecnológicas pone en manos de los titulares la capacidad de controlar incluso los usos que los destinatarios de las obras y prestaciones podrían realizar con base en un límite legal. De ahí que el ordenamiento se haya preocupado de garantizar el disfrute de los límites por parte de sus beneficiarios.

Así, conforme al artículo 6.4.I de la Directiva 2001/29 (ídem art. 197.1 TRLPI), los titulares de derechos que apliquen medidas tecnológicas deberán facilitar a los beneficiarios de algunos límites los medios adecuados para disfrutar de ellos, siempre que tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate.

Conforme al artículo 197.1 TRLPI, nuestro legislador ha determinado que esos límites especialmente protegidos, o límites *fuertes*, sean los siguientes[28]:

- Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2[29].
- Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en los artículos 31 bis y 31 ter.
- Límite relativo a la cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica en los términos previstos en el artículo 32.2, 3 y 4.

---

28. El artículo 6.4.I de la Directiva 2001/29 salvaguarda en particular los límites contemplados en las letras a), c), d), y e) del apartado 2 de su artículo 5 y en las letras a), b) y e) del apartado 3 de ese mismo artículo.

29. Conforme al artículo 6.4.II de la Directiva 2001/29, un Estado miembro podrá adoptar medidas para que los titulares de los derechos que implementen medidas tecnológicas de protección faciliten a los beneficiarios del mismo el disfrute del límite de copia privada, «*a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones*». Nuestro legislador no ha introducido ninguna especificación en este sentido.

- Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b) y c).
- Límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3.
- Límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1.
- Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho «sui géneris» en los términos previstos en el artículo 135.1.b) y c).

Dice el artículo 197.2 TRLPI que cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados[30], para facilitar a los beneficiarios de los mencionados límites los medios adecuados para disfrutar de ellos, esos beneficiarios podrán acudir ante la jurisdicción civil.

La finalidad de esa acción civil podría considerarse análoga a la de una acción de puesta en conformidad del bien suministrado: el beneficiario del límite solicitará que el titular le permita realizar la utilización cubierta por el límite, levantando o suspendiendo la medida con la que ha protegido su obra o prestación. De alguna manera, lo que busca el beneficiario es lograr que el objeto suministrado sea *conforme* con la legislación de propiedad intelectual, siendo así que la medida tecnológica implementada estaría siendo un obstáculo para esa conformidad.

No obstante, la acción del artículo 197.2 TRLPI no es una acción *ex contractu* ni se dirige frente a una contraparte contractual, su fundamento se halla en el derecho del beneficiario del límite bajo la normativa de propiedad

30. Según GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Tema 15», en *Manual de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 489, hay que entender que esos «otros interesados» son los beneficiarios de los límites, tales como organismos de radiodifusión en el caso delo límite del art. 36.3, o asociaciones de personas con discapacidad como la ONCE, en el caso del límite del art. 31 ter TRLPI.

intelectual, no en su facultad como adquirente de un objeto no conforme en el marco de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales.

Dicho lo cual, lo cierto es que la propia legislación de propiedad intelectual percibe la dualidad de roles que ostentará el sujeto interesado en la mayor parte de los casos, razón por la cual prevé que cuando los beneficiarios de los límites sean consumidores o usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (art. 197.2.II TRLPI)[31].

En los primeros años dos mil hubo, de hecho, una fuerte contestación social frente a las medidas anticopia que por entonces se comenzaron a implantar en soportes tipo CD y DVD, a la vanguardia de la cual se situaron las asociaciones de usuarios. Fueron conocidos algunos casos resueltos por los tribunales en Francia y en Bélgica[32], aunque también en España hubo

31. Como advierte MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 20 (2005), p. 58, estamos ante una norma de legitimación a favor de las asociaciones de consumidores, pero lo que estas podrán pedir no dista de lo que podría pedir el consumidor (los medios adecuados para disfrutar del límite de que se trate). En su opinión, es muy dudoso que dichas asociaciones puedan ejercitar una acción de cesación tendente a prohibir la comercialización de la obra o prestación dotada con una medida tecnológica de protección que impida el disfrute del límite de que se trate. Por su parte, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «La tensa relación entre las medidas tecnológicas de protección y los límites a la propiedad intelectual», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, adenda noviembre 2011, pp. 72-77, se muestra escéptico sobre la efectividad de cualquier tutela judicial, incluso a pesar de esa legitimación de las asociaciones de consumidores, si los titulares no se avienen a suavizar voluntariamente las medidas tecnológicas para garantizar el disfrute de los límites.

32. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 20 (2005), pp. 11-15. Quizás el asunto más conocido fue el promovido en Francia por un particular y la unión de consumidores *Que choisir* contra las productoras de la película «Mulholland drive», comercializada a través de DVD protegidos por una medida técnica anticopia. La demanda alegaba tanto una infracción de la legislación de propiedad intelectual, al impedir a los legítimos adquirentes de los soportes la realización de copias privadas, como de la legislación de consumo, por proporcionar información incorrecta sobre las características esenciales del bien comprado. La demanda fue rechazada en primera instancia, aunque estimada en apelación por sentencia de la Corte de Apelación de París de 22.4.2005, la cual ordenó reparar el perjuicio causado al consumidor demandante y al interés colectivo representado por la asociación de consumidores, al tiempo que prohibió a las demandadas comercializar los DVD utilizando una medida tecnológica incompatible con la excepción de copia privada. La Corte de Casación acabaría revocando este fallo por sentencia de 28.2.2006. Cuestión diferente es que

conflictos que desembocaron en resoluciones judiciales[33]. Se recordará por ejemplo el lema «Todos contra el canon»[34]. Entre otros razonamientos, se sostenía que no había razón para abonar el canon por copia privada si al mismo tiempo se prohibía la realización de copias privadas mediante medidas tecnológicas[35]. Años más tarde las reivindicaciones de ese movimiento acabarían desembocando en la supresión del gravamen sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción y el abono de la remuneración equitativa por copia privada con cargo a los presupuestos generales del Estado, sistema que a la postre hubo de ser revertido después de que el TJUE concluyera que era contrario al Derecho de la Unión[36].

El régimen de equilibrio entre medidas tecnológicas y límites que hemos descrito en los párrafos anteriores tiene virtualidad en un entorno de comercialización de soportes fuera de línea, porque, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.4.IV de la Directiva 2001/29 –ídem el artículo 197.5 del TRLPI–, el disfrute de los límites que gozan de protección reforzada no ha de garan-

---

la medida anticopia provoque la imposibilidad de escuchar o visionar el soporte en determinados equipos. A juicio de MARÍN LÓPEZ, p. 72, las sentencias francesas que condenaron al productor del CD o DVD porque el soporte no podía ser oído o visto en determinado tipo de aparatos reproductores, considerando que en tal caso existe una falta de conformidad (v. gr. sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 15.4.2005 o sentencia del TGI de Nanterre de 24.6.2003), son correctas, ya que el bien comprado no servía para su destino «ordinario» y no satisfacía, por tanto el interés contractual del comprador.

33. En nuestro país la reacción no se produjo tanto contra la comercialización de soportes de audio o vídeo con medidas anticopia, sino frente al intento de aplicar la remuneración por copia privada a los soportes de grabación digital, como CD-R vírgenes. Fueron célebres la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Barcelona, de 2.1.2002 (SGAE c. Traxdata), así como la de la Audiencia Provincial de Valencia de 31.7.2003 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19.4.2004. Todas ellas confirmaron la obligación de pago de la remuneración compensatoria por parte de los fabricantes o importadores de CD-R Data. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 20 (2005), pp. 9-10.

34. *Vid.* https://es.wikipedia.org/wiki/Todos_contra_el_canon.

35. Se trata de un razonamiento plausible: el actual artículo 25.5.a). 6.º del TRLPI prevé que, a la hora de determinar los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa, así como el importe de esta, se deberá tener en cuenta la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas de protección y su impacto en las reproducciones realizadas al amparo del límite legal de copia privada.

36. *Vid.* sentencia del TJUE de 9.6.2016, *EGEDA y otros v. Administración del Estado y otros* (C-470/14).

tizarse cuando las obras o prestaciones se hayan puesto a disposición del público de manera interactiva y con arreglo a lo convenido por contrato.

En otras palabras, los titulares pueden desplazar la aplicación de los límites cuando comercialicen sus obras en Internet, siempre que implementen medidas tecnológicas. En ese entorno, y siempre que la obra o prestación se haya comercializado mediante licencia, los titulares son libres de implementar unas medidas tecnológicas tan restrictivas como tengan por conveniente[37]. Sería este un entorno sin garantía de aplicación de los límites a los derechos de autor, en el que por lo tanto todos los usos permitidos se encuentran completamente contractualizados[38].

Esta regulación está llamada a repercutir en el régimen de la falta de conformidad dentro del marco de la Directiva 2019/770 y de su transposición a nuestro Derecho interno, ya que el adquirente no podrá sostener que la imposibilidad de realizar un uso basado en uno de los límites *fuertes*, según la legislación de propiedad intelectual, hace inapto el contenido o servicio digital suministrado con arreglo a los fines a los que normalmente se destinen teniendo en cuenta la normativa de aplicación.

Sucede además que esa repercusión está llamada a jugar de manera diferente en función de si el contenido o servicio digital se ha suministrado en línea o fuera de línea, dado que es solo en aquel primer entorno en el que los titulares de propiedad intelectual disfrutan de la facultad omnímoda para contractualizar los usos permitidos y no permitidos bajo la licencia.

---

37. En el caso del límite de copia privada, se da la circunstancia de que el artículo 31.3 TRLPI, tras la reforma operada en el TRLPI por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, ha excluido la aplicación de ese límite respecto de las obras puestas a disposición del público de forma interactiva cuya reproducción se haya autorizado mediante contrato. Esto supone prescindir del requisito de la implementación de medidas tecnológicas de protección para desplazar la aplicación del límite de copia privada. A nuestro modo de ver, esta previsión constituye una antinomia con respecto al artículo 197.5 TRLPI y no resulta conforme con lo previsto en el artículo 6.4.IV de la Directiva 2001/29.

38. Como decía MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 20 (2005), p. 72, nota 138, «las medidas anticopia no plantean ningún problema cuando la obra o prestación es disfrutada por el consumidor o usuario en el marco de un contrato de prestación de servicios (y no de venta de bienes), es decir, cuando es disfrutada como consecuencia del ejercicio por el titular del derecho de propiedad intelectual, o por un tercero autorizado por éste, de su derecho de puesta a disposición. En tal caso será "lo convenido por contrato" (art. 6.4, párrafo cuarto, de la Directiva 2001/29; análogamente, art. 161.5 LPI, en la redacción del Proyecto), las cláusulas del contrato, las que determinarán las condiciones en que el usuario de la obra o prestación puede realizar copias privadas».

V. RESTRICCIONES DE USO POR LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL TITULAR DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

La acción que, en sede de propiedad intelectual, brinda al beneficiario de un límite *fuerte* el artículo 197.5 TRLPI, está dirigida frente al titular de propiedad intelectual responsable de la implementación de la medida tecnológica que obstaculice el disfrute del límite.

La medida tecnológica, una vez implementada por el titular de los derechos de propiedad intelectual, queda insertada en la obra o prestación, y cuando esta constituye el objeto de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, repercute en la relación trabada entre el suministrador y el adquirente del contenido o servicio.

Dicho adquirente será consumidor desde el punto de vista del contenido o servicio digital suministrado, y usuario legítimo en tanto destinatario de la obra o prestación protegidas por propiedad intelectual. Es por ello por lo que, como dice el considerando (53) de la Directiva 2019/770, las restricciones del uso por el consumidor de los contenidos o servicios digitales pueden derivarse de las limitaciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Derecho en materia de propiedad intelectual, y venir impuestas por la licencia de usuario final.

Pues bien, en tanto adquirente de un contenido o servicio digital, el consumidor que, debido a una restricción de uso derivada de la implementación de una medida tecnológica por parte del titular de la propiedad intelectual, vea dificultado su disfrute del contenido o servicio a un nivel que lo haga inapto para cumplir el fin al que normalmente se destina, podría invocar la falta de conformidad frente al sujeto que se lo haya suministrado[39].

39. Como ponen cuidado en precisar OPRISK, L. y SEIN, K.: «Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?», *IIC* 51 (2020), pp. 597-599, bajo el prisma de la Directiva 2019/770 no se trata de que el consumidor pueda forzar al titular del *copyright* a concederle una licencia en unos determinados términos, sino de accionar los remedios contractuales contra el empresario, cuando este le haya suministrado un contenido o servicio que carece de las características que el consumidor podía razonablemente esperar. La dificultad, como dicen estas autoras, radica en determinar cuáles son las expectativas razonables que el consumidor puede albergar a este respecto; pero lo que resulta claro es que la Directiva 2019/770 obliga a los Estados miembros a proveer a los consumidores con remedios para el caso de que la licencia de usuario otorgada por el titular de los derechos de

De nuevo siguiendo el considerando (53) de la Directiva 2019/770, esa restricción derivada de limitaciones impuestas por el titular de la propiedad intelectual «*podría hacer que los contenidos o servicios digitales incumplan los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, si se refiere a características que suelen encontrarse en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. En tales casos, el consumidor debe poder exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, frente al empresario que suministró los contenidos digitales*».

Ahora bien, para dilucidar si el consumidor puede razonablemente esperar que el contenido o servicio digital reúna determinadas características, se debe realizar una evaluación a la luz de la normativa vigente comunitaria o nacional (artículo 8.1.a/ de la Directiva 2019/770); lo que significa que una restricción que el titular tenga derecho a establecer con base en la legislación de propiedad intelectual no determinaría una falta de conformidad objetiva[40].

De este modo, el consumidor podrá accionar contra el suministrador por falta de conformidad en las mismas situaciones en que podría accionar frente al titular de los derechos de propiedad intelectual, como mínimo en tanto beneficiario de uno de los límites que resultan especialmente protegidos en virtud del artículo 197 TRLPI.

Así, tratándose de la explotación interactiva de un contenido o servicio digital contratado en línea, sabemos que el titular de los derechos de propie-

---

propiedad intelectual no permite un uso del contenido o servicio digital acorde con lo que es razonablemente esperable.

40. En este sentido se pronunciaba ya MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 20 (2005), pp. 72-75, quien analizaba la cuestión de si las medidas anticopia podían dar lugar a una falta de conformidad de los bienes vendidos a la luz del artículo 3.1 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Para este autor, no cabe afirmar que un CD o un DVD con una medida tecnológica anticopia deje de ser apto para los usos a que ordinariamente se destinen los bienes del mismo tipo, pues ese uso consiste en el disfrute del contenido de esos soportes mediante su escucha o visionado; ni tampoco cabe entender que no presenten la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, estándar que está en función de lo que el propio ordenamiento jurídico permita hacer lícitamente al titular de los derechos de propiedad intelectual. Y concluye: «un consumidor no puede "fundadamente" esperar la realización de copias privadas de un CD o un DVD si las normas jurídicas reguladoras de esa actividad autorizan a los titulares para restringir las copias».

dad intelectual puede implementar las restricciones que considere oportunas a través de medidas tecnológicas de protección, sin que el destinatario de la obra o prestación pueda solicitar que las medidas se desactiven o relajen a fin de poder disfrutar de un límite. Por consiguiente, en esa hipótesis tampoco podría el consumidor dirigirse frente al suministrador del contenido o servicio alegando falta de conformidad objetiva.

No obstante, incluso en el caso de que el adquirente sí pudiera accionar frente al titular de la propiedad intelectual ex artículo 197.5 TRLPI, el empresario puede eludir su responsabilidad si, antes de la celebración del contrato, informa de forma específica al consumidor de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad y el consumidor acepta de forma expresa y por separado dicha divergencia, tal y como recuerda también el considerando (53) de la Directiva 2019/770 y se refleja en su artículo 8.5 (ídem, art. 115 ter.5 LGDCU)[41].

Además de las medidas tecnológicas dirigidas a bloquear la posibilidad de efectuar actos que penetran en el ámbito de demarcación de alguno de los derechos exclusivos reconocidos por la legislación de propiedad intelectual (reproducción, distribución, comunicación pública o transformación), existen otras medidas técnicas que limitan el propio uso ordinario de un contenido o servicio digital en razón de la región geográfica del consumidor o del dispositivo desde el que quiere disfrutarlo.

Este tipo de restricciones no están *stricto sensu* basadas en el *rationale* de la propiedad intelectual, sino en la búsqueda de una maximización de los derechos del titular a través de una compartimentación de los mercados donde esos derechos se explotan, ya sea mediante la asignación en exclusiva de los derechos para diferentes demarcaciones territoriales o de la predisposición de una falta de interoperabilidad del formato para su empleo en equipos o dispositivos de otros competidores.

---

41. Como decía MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 20 (2005), p. 74, «lo anterior significa que, en última instancia, la cuestión se reduce a proporcionar al consumidor una información clara, precisa y completa sobre las características técnicas del soporte que adquiere. La *Urheberrechtsgesetz* alemana, en su redacción de 2003, ha introducido un precepto conforme al cual las obras y otros objetos protegidos con medidas técnicas se deben identificar de modo claramente visible con datos sobre las particularidades de tales medidas [§ 95d (1) UrhG]. Se trata de una norma de protección de los consumidores, pero ubicada sistemáticamente en la ley de derecho de autor». En nuestro sistema un deber de información de ese tipo de contempla en el actual artículo 60.2 de la LGDCU.

En efecto, en cuanto a lo primero, cabe recordar la doctrina de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011, dictada en los asuntos acumulados C-403/08 (*Football Association Premier League Ltd y otros*), y C-429/08 (*Karen Murphy y Media Protection Services Ltd*), conforme a la cual determinadas restricciones a la prestación de servicios no pueden justificarse a la luz del objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual. En el caso se trataba de la comercialización y utilización en un Estado miembro de decodificadores que daban acceso a los servicios de un organismo de radiodifusión vía satélite establecido en otro Estado miembro. Estos decodificadores se fabricaban y se comercializaban con la autorización de dicho organismo, pero se utilizaban –sin tener en cuenta la voluntad de este último– fuera de la zona geográfica para la que habían sido entregados.

Según la sentencia *Premier League* (apartados 107 a 117), la protección de los derechos de propiedad intelectual no garantiza a los titulares reclamar la *máxima* remuneración posible, sino una remuneración *adecuada*, que en materia de radiodifusión televisiva deberá estar en relación con la audiencia real, la audiencia potencial y la versión lingüística[42]. De ese modo, el suplemento pagado por dar la exclusiva territorial a los diferentes organismos de radiodifusión no forma parte de la remuneración adecuada que debe asegurarse a los titulares de derechos afectados, pues tal suplemento redunda en una compartimentación nacional de mercados y provoca diferencias de precio artificiales, incompatibles con la realización del mercado interior.

En cuanto a lo segundo, viene a colación la sentencia del TJUE de 23 de enero de 2014, dictada en el caso Nintendo Co. Ltd y PC Box SrL (C-355/12). Se trataba de las medidas tecnológicas de protección anticopia que son implementadas tanto en el propio soporte de la obra (videojuegos) como en el aparato o dispositivo que sirve para disfrutarla (videoconsolas), las cuales impiden utilizar el dispositivo para el visionado no ya de juegos falsificados, sino en general de cualquier juego o contenido multimedia ajeno de la empresa comercializadora de las videoconsolas.

Preguntado sobre si esa clase de medidas irían más allá de lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 2001/29, el TJUE responde que el concepto de medida tecnológica eficaz, empleado por dicho precepto, puede

42. La sentencia recuerda que cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual acuerden la emisión vía satélite de sus contenidos tienen la oportunidad de reclamar un importe que tenga en cuenta la audiencia efectiva y la audiencia potencial, tanto en el Estado miembro de emisión como en cualquier otro Estado miembro en el que se vayan a recibir las emisiones.

aplicarse a unas medidas tecnológicas que consisten en equipar con un dispositivo de reconocimiento no solo el soporte que contiene la obra protegida, como el videojuego, para protegerla contra actos que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor, sino también los aparatos portátiles o las consolas destinados a permitir acceder a esos juegos y utilizarlos.

Dicho lo cual, la sentencia señala que era preciso examinar, aunque correspondía al órgano jurisdiccional nacional hacerlo, si otras medidas o dispositivos no instalados en las consolas habrían podido provocar menos interferencias o limitaciones en las actividades de terceros, ofreciendo al mismo tiempo una protección comparable para los derechos del titular.

El TJUE recuerda que la protección jurídica contra los actos no autorizados por el titular de los derechos debe respetar el principio de proporcionalidad y no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos al de facilitar la realización de tales actos eludiendo la protección técnica. Asimismo, la sentencia enfatiza que la protección se concede a las medidas tecnológicas que persigan el objetivo de impedir o eliminar, en lo que respecta a las obras, los actos que no cuenten con la autorización del titular de los derechos: dichas medidas deben ser adecuadas para la realización de ese objetivo y no deben ir más allá de lo necesario para ello.

Es decir, si las medidas tecnológicas de protección tienen una finalidad que va más allá de la protección de las obras o prestaciones frente a actos no autorizados que lesionan los derechos del titular, estarían desbordando el objetivo que les es propio y no pueden considerarse implementadas con base en la legislación de propiedad intelectual.

Así las cosas, en la medida en que las restricciones de uso del contenido o servicio digital no deriven de limitaciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual *de conformidad con el Derecho en materia de propiedad intelectual*, habría que considerar que privan al consumidor de características que suelen encontrarse en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que aquel puede razonablemente esperar, incluso teniendo en cuenta toda norma vigente de la Unión o nacional que sea de aplicación, tal y como ordena hacer el artículo 8.1.a) de la Directiva 2019/770.

En este sentido, cabría explorar cuáles son las características y funcionalidades que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales de que se trate y que el consumidor puede razonablemente esperar, de tal

forma que las restricciones de uso impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual que, no teniendo apoyo en la protección *stricto sensu* de sus derechos, quiebren dicho estándar, darían lugar a una situación de falta de conformidad que el consumidor podría hacer valer frente al suministrador del contenido o servicio[43].

En todos esos casos, dado que nos hallaríamos ante contenidos o servicios digitales que presentan una falta objetiva de conformidad, el empresario solo podría eludir su responsabilidad si, con carácter previo a la celebración del contrato, ha informado de manera específica al consumidor de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad y el consumidor ha aceptado dicha divergencia de forma expresa y por separado[44].

Para contextualizar el alcance de lo acabado de concluir, procede retrotraernos a lo comentado *supra* al tratar del Reglamento de Portabilidad, en el que también hay una contemplación de los derechos de propiedad intelectual como posible traba de los derechos de los consumidores, en ese caso del derecho a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea que tengan contratados. El tratamiento del Reglamento de Portabilidad en esta materia presenta, sin embargo, dos grandes diferencias con respecto al de la Directiva 2019/770.

---

43. Un interesante ejercicio de ese tipo es efectuado por OPRISK, L. y SEIN, K.: «Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?», *IIC* 51 (2020), pp. 600-621, quienes tienen en cuenta las expectativas que el usuario puede tener, con base tanto en las experiencias procedentes del entorno analógico como en las circunstancias del actual mercado de la distribución digital de contenidos. Estas autoras llevan a cabo un minucioso análisis de las restricciones impuestas en cinco servicios digitales –bien conocidos– que toman como modelo, todos ellos basados en una relación duradera de suministro de música o libros electrónicos (i. e., no servicios de *streaming* o de pago por alquiler). Sus conclusiones son que algunas típicas restricciones podrían dar lugar a una falta de conformidad que el consumidor podría invocar frente al suministrador. Así, consideran que defraudan las legítimas expectativas del consumidor: la prohibición de hacer una copia de seguridad del contenido adquirido; la prohibición de usar el contenido en dispositivos diferentes (aunque no la de utilizarlo *a la vez* en varios dispositivos); la imposibilidad de compartir el contenido con un número limitado de personas que no sean del círculo familiar; la falta de garantía de acceso al contenido, en su caso mediante descarga, si el suministrador decide retirarlo de su oferta, y el impedimento de transferir o revender el contenido a otra persona.

44. En el mismo sentido, OPRISK, L. y SEIN, K.: «Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?», *IIC* 51 (2020), p. 621.

De un lado, las restricciones que contempla el Reglamento de Portabilidad derivan de *cláusulas contractuales* trabadas entre el prestador de los servicios y los titulares de derechos de propiedad intelectual, las cuales sí pueden restringir la portabilidad con base en acuerdos de demarcación territorial. Es decir, no necesariamente se ha de tratar de restricciones vinculadas a la protección *stricto sensu* de los derechos de propiedad intelectual –ni estar respaldadas por medidas tecnológicas de protección– sino que pueden provenir de cláusulas de exclusividad territorial impuestas por el titular de los derechos.

En segundo lugar, lo que determina el Reglamento de Portabilidad es que esas disposiciones contractuales prohibitivas o restrictivas de la portabilidad, incluidas en los contratos celebrados entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos de autor o derechos afines, serán inaplicables, como tampoco se podrá invocar cualquier normativa que sea de aplicación a tales contratos.

En definitiva, en materia de portabilidad el legislador comunitario ha blindado la posición del consumidor de servicios de contenidos en línea frente a cualquier consideración basada en «derechos de terceros», y en particular basada en derechos de propiedad intelectual, poniendo por encima de todo la garantía de la portabilidad.

Frente a ello, en sede de suministro de contenidos o servicios digitales, la existencia de restricciones de uso basadas en derechos de propiedad intelectual de terceros, sí puede excluir la apreciación de una falta de conformidad objetiva. E incluso, en los casos en que dicha falta de conformidad objetiva exista a causa de unas restricciones que no se atienen a la normativa de propiedad intelectual, la materia se configura como de índole dispositiva, pues el suministrador puede eludir su responsabilidad si informa previamente al consumidor de que el contenido o servicio presenta una característica que se aparta de los requisitos objetivos de conformidad y el consumidor acepta expresa dicha divergencia.

VI. VULNERACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE TERCEROS Y FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

Las restricciones relativas al uso por el consumidor de los contenidos o servicios digitales podrían derivarse de una vulneración de los derechos de terceros, ajenos a la relación contractual trabada entre consumidor y

empresario, impidiendo al consumidor disfrutar de los contenidos o servicios digitales, por ejemplo porque un tercero inste u obligue debidamente al empresario a dejar de vulnerar sus derechos de propiedad intelectual y en tal medida dejar de ofrecer los contenidos o servicios digitales en cuestión.

La situación es diferente de la contemplada en el apartado anterior. Mientras que allí nos referíamos a restricciones de uso impuestas por el titular en el propio acuerdo de licencia de usuario, que por tanto vinculan contractualmente al consumidor y que pueden venir respaldadas por medidas tecnológicas de protección, aquí hablamos de restricciones que se manifiestan *ex post facto* en virtud de la reacción del titular frente a un acto de vulneración de sus derechos, lo que significa que el suministrador ha facilitado un contenido o servicio digital que no respeta los derechos de propiedad intelectual ajenos.

A su vez, esa falta de observancia de los derechos de propiedad intelectual puede deberse a que el empresario, o algún sujeto situado antes que él en la cadena de suministro, ha quebrantado las condiciones establecidas en el contrato trabado con el titular de los derechos, o a que ni siquiera ha(n) llegado a trabar un contrato con el titular de los derechos[45].

Este tipo de situaciones provocan un vicio jurídico que, a tenor del considerando (54) de la Directiva 2019/770, constituyen una cuestión de especial importancia para los contenidos o servicios digitales sujetos a derechos de propiedad intelectual: en caso de que una vulneración de los derechos de propiedad intelectual de terceros dé lugar a una restricción que impida o limite el uso de los contenidos o servicios digitales con arreglo a los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad (*vid.* artículo 10 de la Directiva 2019/770 y artículo 117.2 LGDCU)[46].

---

45. El vicio consistente en la vulneración de los derechos del titular de la propiedad intelectual le viene dado al consumidor del contenido o servicio suministrado, y por tanto no es frente a él frente a quien ese titular puede accionar, sino frente al suministrador o tercero causantes de la infracción. En este sentido disentimos de la apreciación que realiza LETE ACHIRICA, J.: «Comentario al artículo 117» en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (coords. A. Cañizares Laso y L. Zumaquero Gil) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, quien observa que, cuando el artículo 117 de la LGDCU habla de la vulneración de los derechos de terceros, «el único requisito decisivo es que pueda ser invocado por el tercero titular del derecho contra el consumidor, y no solo contra el empresario u otros sujetos vinculados contractualmente con él. Por ejemplo, sería el caso de los derechos relativos a la propiedad intelectual (…)».

46. El artículo 10 y el considerando (54) de la Directiva 2019/770 disponen que el remedio basado en la falta de conformidad será subsidiario si acaso el Derecho nacional prevé en

Como es obvio, aquí se parte del principio de que no hay modo de que un contenido o servicio infractor pueda pese a todo ser conforme en el marco del contrato de suministros de dicho contenido o servicio, puesto que la restricción en el uso que sufre el consumidor no proviene de la voluntad del titular de los derechos de propiedad intelectual [que haya decidido imponer cierta restricción de uso, implementando en su caso medidas tecnológicas de protección], sino, por definición, de actos realizados por un tercero infractor en contra de su voluntad.

De acuerdo con el considerando (54) de la Directiva 2019/770, la vulneración de los derechos de terceros «*podría impedir efectivamente que el consumidor disfrute de los contenidos o servicios digitales o de algunas de sus características, por ejemplo, cuando el consumidor no puede acceder de ningún modo a los contenidos o servicios digitales o cuando el consumidor no puede acceder lícitamente a los contenidos o servicios digitales. Ello puede deberse a que el tercero obligue debidamente al empresario a dejar de vulnerar esos derechos y dejar de ofrecer los contenidos o servicios digitales en cuestión o que el consumidor no pueda utilizar los contenidos o servicios digitales sin incumplir la ley*».

Con relación a ello, resulta relevante hacer dos consideraciones. De un lado, la Directiva pone el acento en que el vicio jurídico se traduzca en un impedimento efectivo de disfrute de los contenidos o servicios digitales o de algunas de sus características, poniendo como ejemplo el caso de que el consumidor no pueda acceder de ningún modo a los contenidos o servicios digitales.

---

estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, por ejemplo por incumplimiento de la garantía jurídica por evicción. El artículo 117.2 de la LGDCU contiene también la salvedad final «salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato». Esta previsión carece de sentido en la ley nacional de transposición, pues el legislador español parece ignorar si su propio ordenamiento contempla en esos casos la rescisión o la nulidad del contrato. A diferencia de la norma comunitaria, que puede remitir al Derecho nacional esta cuestión, la norma nacional no puede dejarla abierta sino que ha de determinar si los remedios anudados a la falta de conformidad son en este caso los únicos disponibles o se ven desplazados por alguna norma que prevea en tales casos la rescisión o nulidad. La cuestión es tanto más impertinente cuanto el propio legislador español ha establecido en el artículo precedente (artículo 116 LGDCU) que «el ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código Civil». A la reconducción conceptual de los vicios jurídicos a la figura de los vicios ocultos del Código civil, al menos tratándose de contratos de compraventa, se había referido, analizando la Propuesta de Directiva, FUENTESECA DEGENEFFE, C.: «Mercado único digital: algunos aspectos de la regulación del suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Civil*, 2/2018, pp. 145-147.

La cuestión no admite el mismo análisis cuando el contrato de suministro tenga por objeto un solo contenido digital, cuyo acceso o disfrute se haya imposibilitado por completo como consecuencia de la vulneración de derechos de propiedad intelectual ajenos (*rectius* de la reacción del titular de los derechos a esa vulneración, que se traduce en una obligación del empresario de dejar de vulnerar los derechos de que se trate), que cuando el contrato se refiere al suministro de un servicio digital que da acceso a un vasto catálogo de contenidos, de manera que solo alguno(s) de esos contenidos deviene(n) inaccesibles por haberse vulnerado, respecto de ellos, los derechos de propiedad intelectual de terceros.

En esos casos, se deberá valorar si el servicio puede, pese a todo, seguir considerándose apto para los fines que le son propios, por presentar la *cantidad* que presentan normalmente servicios del mismo tipo (*cfr.* artículo 8.1.b/ de la Directiva 2019/770). Así, por ejemplo, en un servicio de música en *streaming* que cuenta con miles de temas musicales a disposición del usuario, el hecho de que eventualmente un tema musical, o un número pequeño de ellos, se haya tenido que retirar del servicio como consecuencia de haberse producido una vulneración de derechos del titular, no necesariamente ha de convertir el servicio en inapto desde un punto de vista objetivo.

Dicho lo cual, lo cierto es que, aunque se considerase que cualquier disminución cuantitativa en el disfrute del servicio derivada de una vulneración de derechos de terceros provoca una falta de conformidad objetiva, el artículo 14.2 de la Directiva 2019/770 modula el derecho del consumidor a exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, cuando ello resulte imposible o acarree costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, y entre ellas (i) el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad, y (ii) la relevancia de la falta de conformidad. Esto significa que faltas de conformidad poco relevantes o que impacten poco en el valor del contenido o servicio, no dan derecho al consumidor a activar el remedio consistente en la puesta en conformidad[47],

47. En opinión de ATAZ LÓPEZ, J.: «Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual», en *Contratación en el entorno digital* (coords. I. González Pacanowska y M. C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, sub § III.2 *in fine*, de los diferentes remedios que el artículo 14 de la Directiva 2019/770 pone al alcance del consumidor, la puesta en conformidad del producto no sería aplicable en ningún caso, pues ella no dependerá del empresario/proveedor del contenido digital, sino del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el mismo.

y sí a lo sumo la reducción proporcional del precio o la resolución del c ontrato[48].

En segundo lugar, el otro ejemplo que pone el considerando (54) de la Directiva 2019/770 se refiere a que el consumidor no pueda utilizar los contenidos o servicios digitales sin incumplir la ley, esto es, que la ilicitud que afecta al propio suministro del contenido o servicio se propague al consumidor.

A este respecto, vale la pena recordar que en la legislación de propiedad intelectual existen previsiones sobre el alcance de las acciones de protección de los derechos en relación con los terceros que hayan adquirido ejemplares ilícitos, no siendo los causantes ni responsables de la infracción. En concreto, el artículo 139 del TRLPI, tras enumerar todas las pretensiones en que se puede descomponer la acción de cesación instada por el titular de los derechos de propiedad intelectual infringidos, dispone en su apartado 4 que «lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal».

Esto significa que el adquirente de buena fe de ejemplares ilícitos de obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual está blindado frente a la acción de cesación eventualmente interpuesta por el titular: en la medida en que ignorase de buena fe la ilicitud del ejemplar, no se verá afectado por la retirada de los ejemplares ilícitos, que se limitará a aquellos que estén puestos en el comercio, no a los que se encuentren ya en manos de terceros de buena fe. Ello incluye, a tenor del artículo 139.1.c) TRLPI, «aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida»[49].

---

48. A su vez, incluso en relación con estos mecanismos correctores, los apartados 5 y 6 del artículo 14 de la Directiva indican que: (i) la reducción del precio será siempre proporcional a la disminución del valor de los contenidos o servicios suministrados, en comparación con el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si fueran conformes; (ii) cuando los contenidos o servicios se suministren durante un período, la reducción del precio se aplicará al período durante el cual los contenidos o servicios no hayan sido conformes; y (iii) el remedio resolutorio solo estará disponible si la falta de conformidad no es leve, recayendo sobre el empresario la carga de la prueba de esa levedad.

49. Esto es coherente con que la protección de las medidas tecnológicas de protección se dispense frente a quien, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eluda cualquier medida tecnológica eficaz, así como frente a quienes «fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines

Teniendo esto en cuenta, como se debe tener en cuenta para evaluar la falta de conformidad con arreglo al artículo 8.1.a) de la Directiva 2019/770 y el artículo 115 ter.1.a) LGDCU, cabe entender que el consumidor de un contenido o servicio digital que, por ser un adquirente de buena fe para uso personal, no está expuesto a la acción de cesación del titular de los derechos de propiedad intelectual, puede utilizar tales contenidos o servicios sin incumplir la ley, dado que no se le propagan los efectos de la ilicitud que hubiera podido producirse en la cadena de suministro.

En cualquier caso, puesto que de esta cuestión puede depender que el contenido o servicio presente o no una falta de conformidad objetiva, habría sido deseable que, en lugar de incluir esa referencia genérica a los derechos de propiedad intelectual en el artículo 117.2 de la LGDCU, nuestro legislador hubiese trazado una correspondencia específica con lo previsto en el artículo 139.4 TRLPI, a fin de dar seguridad al consumidor sobre la situación en que se encuentra en esos casos, no ya solo respecto del titular de la propiedad intelectual sino también respecto del suministrador del contenido o servicio[50].

VII. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO VAQUERO, J. P.: *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, ed. Comares, Granada, 2004.

APARICIO VAQUERO, J. P.: «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *InDret* 3-2016.

APARICIO VAQUERO, J. P.: «Los programas de ordenador como obras sujetas al Derecho de autor: excesos e insuficiencias del marco normativo

comerciales cualquier dispositivo, producto o componente», así como contra quienes presten algún servicio que se publicite o comercialice con la finalidad de eludir la protección, esté principalmente concebido o realizado con esa finalidad, o tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección (artículo 196.1 y 2 TRLPI).

50. La equivocidad acerca de esta cuestión es palmaria. Por ejemplo, a diferencia del punto de vista que hemos ofrecido, basado en el artículo 139.4 TRLPI, ATAZ LÓPEZ, J.: «Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual», en *Contratación en el entorno digital* (coords. I. González Pacanowska y M. C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, sub § III.2, considera que si el consumidor actuó de mala fe y sabía –o debió haber sabido– que estaba adquiriendo contenidos protegidos sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, el contrato sería nulo y no podría accionar por falta de conformidad, mientras que si era un adquirente de buena fe podría invocar la falta de conformidad.

y sorprendentes desarrollos jurisprudenciales», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 48 (2014), pp. 13-65.

ATAZ LÓPEZ, J.: «Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual», en *Contratación en el entorno digital* (coords. I. González Pacanowska y M. C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

CÁMARA LAPUENTE S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11 (2014).

FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, 4/2021, pp. 161-226.

FUENTESECA DEGENEFFE, C.: «Mercado único digital: algunos aspectos de la regulación del suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Civil*, 2/2018, pp. 107-148.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «La tensa relación entre las medidas tecnológicas de protección y los límites a la propiedad intelectual», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, adenda noviembre 2011, pp. 67-80.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I, «Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL», en *Tratado de la Compraventa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Tema 15», en *Manual de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

LETE ACHIRICA, J.: «Comentario al artículo 117» en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (coords. A. Cañizares Laso y L. Zumaquero Gil) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 20 (2005), pp. 9-76.

MINERO ALEJANDRE, G.: «Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 493-524.

OPRISK, L. y SEIN, K.: «Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?», *IIC* 51 (2020).

VII

Los plazos de la responsabilidad y de los remedios por falta de conformidad[1]

ESTHER ARROYO AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA DIRECTIVA 99/44. III. EL ELEMENTO TEMPORAL EN LA NEGOCIACIÓN SIMULTÁNEA DE LAS DIRECTIVAS 2019/770 Y 2019/771. *1. Los contenidos digitales autónomamente considerados.* 1.1. El plazo de responsabilidad del empresario. 1.2. Plazo de inversión de la carga de la prueba. 1.3. El plazo de prescripción de la reclamación. *2. Los contenidos digitales incorporados en bienes.* 2.1. Sobre la ubicación normativa de los contenidos digitales incorporados en bienes. 2.2. Plazo mínimo de dos años de responsabilidad del vendedor. 2.3. Presunción de falta de conformidad e inversión de la carga de la prueba durante el plazo mínimo imperativo de un año. 2.4. Plazos de prescripción. *3. Los plazos en las actualizaciones.* IV. EL RESULTADO. *1. A propósito de los modelos de negocio. 2. Un efecto armonizador limitado.* 2.1. Plazos de responsabilidad y otros plazos. 2.2. Plazos para las actualizaciones. *3. Valoración general.* 3.1. ¿Por qué plazos de garantía? 3.2. ¿Y por qué esos plazos? 3.3. Los plazos de garantía y de prescripción interactúan de forma distinta en ambas directivas. 3.4. Expectativas razonables, en lugar de plazos. V. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES. *1. La distinción entre plazos de garantía legal y plazos de prescripción. 2. ¿Durante cuánto tiempo*

1. La contribución forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado europeo y del Grupo consolidado de investigación 2021 SGR 00347 en la Universitat de Barcelona.

responde el vendedor/proveedor? 2.1. Bienes con elementos digitales. 2.2. Contenidos/servicios digitales no incorporados en bienes. *3. La suspensión del plazo de responsabilidad.* 3.1. Las limitadas causas de suspensión. 3.2. La generalización a todo tipo de contratos. 3.3. El plazo suspendido por la puesta en conformidad ¿desde cuándo y hasta cuándo? 3.4. Los efectos de la suspensión. *4. Pactos sobre el alargamiento o acortamiento del plazo. 5. El momento en que se debe apreciar la falta de conformidad de los bienes con contenidos digitales.* 5.1. La entrega del bien y la accesibilidad de los contenidos. 5.2. La completa instalación del contenido digital. *6. La preexistencia de la falta de conformidad y la inversión de la carga de la prueba.* 6.1. La presunción y el alcance de la inversión de la carga de la prueba. 6.2. Los plazos durante los que se invierte la carga de la prueba. A) Bienes con contenidos digitales. B) Contenidos/servicios digitales. *7. Actualizaciones.* 7.1. ¿Durante cuánto tiempo se deben las actualizaciones? 7.2. Las actualizaciones que son defectuosas o incompletas. *8. La notificación de la falta de conformidad. 9. Plazos de prescripción/caducidad de los derechos del comprador.* 9.1. Previo. 9.2. Contexto. 9.3. Plazos de prescripción, en lugar de plazos de responsabilidad. A) La fijación del *dies a quo* B) *Dies a quo* objetivo C) *Dies a quo* subjetivo. 9.4. La combinación de los plazos de responsabilidad y de prescripción. 9.5. Acortamiento por pacto del plazo de prescripción. *10. Las particularidades de la falta de conformidad jurídica.* 10.1. Generalidades. 10.2. Momento relevante para apreciar la falta de conformidad. 10.3. La responsabilidad del vendedor/empresario no exige que el tercero ejercite su derecho dentro de los plazos de garantía. VI. REFLEXIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen se ocupan de la regulación que ofrecen las directivas sobre compraventa (DCV) y contenidos y servicios digitales (DCD)[2], así como las respectivas normas de transposición en España, esto es, la estatal (Real Decreto Ley 7/2021, que modifica el TR-LGDCU)[3] y la catalana (Decreto Ley 27/2021, de reforma del Libro VI del CC Cat)[4], a propósito del tiempo durante el cual puede serle exigida responsabilidad al vendedor o empresario por una falta de conformidad, los plazos de prescripción o

2. Ambas directivas publicadas en el DOUE L 136, de 22.05.2019.
3. BOE núm. 101, de 28.04.2021.
4. DOGC núm. 8564, de 16.12.2021.

caducidad de los remedios a disposición del vendedor o empresario, así como otros plazos, como el presunción o inversión de la carga de la prueba, o el de notificación de la falta de conformidad. Algunas de las cuestiones que se abordarán a continuación tienen su antecedente más inmediato en la Directiva 1999/44, pero es preciso revisitar los argumentos a la luz de las particularidades que presentan los elementos o productos digitales (contenidos/servicios) y al hacerlo hay que tener en cuenta la novedad que representa que estos puedan estar o no incorporados o interconectados con bienes. Con las nuevas directivas, no es solo que pueda variar el *dies ad quem* de los plazos de responsabilidad, sino que también es (o puede ser) distinto el *dies a quo* para exigir la conformidad, ya que no siempre es posible individualizar un momento de entrega, es preciso establecer cuando se entiende cumplida esta obligación cuando no exista un componente material y hay que tener en cuenta que emergen plazos nuevos al amparo del deber de proporcionar actualizaciones, sin las cuales el contenido o servicio digital puede no ser conforme. A la dificultad que supone que la regulación de estas cuestiones se contenga en dos directivas, se añade la distinción poco feliz entre actos únicos de entrega y suministro continuado de contenidos y servicios digitales, cuyo significado no aclara suficientemente ningún legislador.

II. EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA DIRECTIVA 99/44

La Directiva 99/44 regulaba la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad de los bienes al contrato en el momento de la entrega. El legislador europeo consideró conveniente establecer el plazo de garantía legal en un mínimo de dos años. Además, permitió que los Estados miembros regularan el plazo durante el cual los consumidores pudieran ejercer sus derechos frente al vendedor (plazo denominado de prescripción)[5], con la condición de que este no expirase antes de transcurridos dos años desde el momento de la entrega, según el art. 5.1 I. El Cdo 17 añadía que, si el cómputo se iniciaba en un momento posterior, la duración total del plazo de prescripción no debía ser inferior a dos años contados *a partir del día de la entrega*. Esa redacción era un tanto confusa. Si se quería decir que la duración del plazo de prescripción debía ser necesariamente de dos años, no era preciso aludir al momento de la entrega, puesto que la misma frase admitía que este momento podía ser irrelevante si se fijaba un *dies a quo* distinto. Si

5. Se mantiene esa denominación a lo largo del texto, sin perjuicio de no ser siempre exacta, porque es la que utiliza el legislador europeo. Sobre el particular, *infra* epígrafe V.1.

se pretendía aclarar que los dos años de garantía debían poder transcurrir íntegros, hubiera bastado indicarlo así, y añadir entonces que los plazos de prescripción no podían empezar a contar hasta que aquellos dos años ya hubieran transcurrido, si bien entonces no era preciso establecer cuánto debían durar los de prescripción. En cualquier caso, la finalidad del citado Cdo 17 era preservar el plazo de garantía de dos años y velar porque este no se viera burlado por el plazo de prescripción. Efectivamente, no es una regulación muy favorable para el consumidor que los plazos de garantía legal y de prescripción corran paralelos y se extingan a la vez, porque para cuando el consumidor quisiera hacer valer sus derechos podría suceder que el tiempo ya hubiera transcurrido.

La Directiva 99/44 era una norma de armonización mínima y por eso algunos Estados miembros impusieron un plazo de garantía legal más largo, de tres años (Suecia), o únicamente limitado por la vida útil de los bienes (Finlandia, Países Bajos). Otros países previeron plazos de prescripción en lugar de plazos de garantía legal, de manera que el consumidor podía reclamar por cualquier defecto, con independencia de cuándo se manifestara este, con el único límite impuesto por la prescripción de 5 años (Escocia) o 6 años (Reino Unido, Irlanda)[6]. Otros combinaron los plazos de garantía con los de prescripción, sin que estos últimos menoscabaran los primeros. Así fue en España[7] y en Cataluña[8].

III. EL ELEMENTO TEMPORAL EN LA NEGOCIACIÓN SIMULTÁNEA DE LAS DIRECTIVAS 2019/770 Y 2019/771

La tramitación legislativa de la DCD y la DCV sufrió algunas vicisitudes que, por su trascendencia, conviene no omitir. De entrada, tuvo que ser descartada la original propuesta de ofrecer dos directivas distintas, con distintos niveles de protección, en función de la modalidad de venta presencial u

6. *Vid.* SWD/2017/0354 final, pp. 7-8; SWD(2017) 209 final, Annex 5, p. 148. *Vid.* también SWD (2015) 274 final/2), pp. 50-51; ICF, «Study on the costs and benefits of extending certain rights under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC», European Commission, 2017, pp. 12-13.
7. Antiguos arts. 123.1 I y 123.3 TR-LGDCU. *Vid.* Marín López, M. J., Art. 123 TR-LGDCU, en Bercovitz, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2015, [pp. 1775-1795], pp. 1786-1787, consideraba que esa regulación se debía a un incorrecto entendimiento de la norma por parte del legislador español porque el art. 5.1 no imponía un *dies a quo* concreto.
8. Arts. 621-29, 621-44 CC Cat.

online que concluyera el consumidor. En segundo lugar y, para nuestros fines, más importante, planteó dudas la ubicación de la regulación de los bienes con contenidos digitales incorporados. Adicionalmente, en la tramitación legislativa se revelaron problemáticas tres cuestiones: el plazo durante el cual el vendedor o empresario es responsable de la falta de conformidad; el plazo de presunción de la falta de conformidad o inversión de la carga de la prueba; el plazo de prescripción de la reclamación. En todos esos asuntos, la tramitación legislativa ilustra el porqué de la regulación actual y hasta qué punto ello es así como consecuencia de las particularidades que ofrecen los nuevos objetos de contratación y las nuevas modalidades de suministro, parcialmente alejadas del esquema típico de la compraventa.

1. LOS CONTENIDOS DIGITALES AUTÓNOMAMENTE CONSIDERADOS

1.1. El plazo de responsabilidad del empresario

El Informe de Impacto que avalaba las conclusiones de las que debía partir el legislador para elaborar las Propuestas de Directiva sobre compraventa[9] y contenidos digitales[10], partía de la idea de que los contenidos digitales se ofrecen a menudo de forma continuada a lo largo de un período de tiempo, como si fueran servicios y no un producto único, de manera que no era apropiado establecer un período de garantía que comenzase en el momento del suministro. Estimaba también que no era justo limitar los derechos de los consumidores durante un plazo concreto, porque los contenidos digitales no sufren desgaste y, adicionalmente, el hecho de detectar un defecto en una de las copias permitía suponer que todas las copias del contenido digital tendrían los mismos defectos y que todos los usuarios de ese mismo producto (*v. gr.* un determinado antivirus) estarían afectados por igual, lo cual más bien exigía no limitar sus derechos –e impedir que los derechos nacionales lo hicieran– y, en su caso, dejar operar los plazos nacionales de prescripción/caducidad de los remedios. Sin embargo, las organizaciones de consumidores y empresariales tenían opiniones diferentes sobre la cuestión: las primeras abogaban por un período de garantía largo (o infinito), las segundas por uno corto[11]. Con todo, esto último era algo a lo que podían adherirse también las primeras si, igual que para los bienes, ese plazo no era inferior a dos años.

9. COM(2015) 635 final, Bruselas, 9.12.2015.
10. COM(2015) 634 final, Bruselas, 9.12.2015.
11. SWD (2015) 274 final/2, p. 48, p. 126.

Finalmente, la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales (DCD) de 2015 no previó plazo alguno de garantía y, además, impedía establecerlo a los Estados miembros (Cdos 9, 43). Congruente con la idea de que los contenidos digitales frecuentemente se suministran de forma continuada en el tiempo, los art. 6.3, 10 c) de la Propuesta DCD 2015 preveían la necesidad de que estos fueran conformes durante todo el período de suministro. Sin embargo, la Comisión tampoco desconocía que los contenidos digitales pueden suministrarse en un soporte tangible o ser descargados por los consumidores en sus dispositivos (Cdo 11)[12], razón por la cual también preveía en el art. 10 b) de la Propuesta el posible suministro mediante actos únicos de entrega, si bien tampoco en esa hipótesis se imponía un plazo concreto para poder exigir responsabilidad al empresario.

Ese planteamiento no se mantendría mucho tiempo. En las conclusiones del debate de orientación general que debían guiar los futuros trabajos sobre la DCD, la Presidencia del Consejo destacaría luego la falta de consenso general entre las delegaciones de los Estados miembros, a propósito del establecimiento de una limitación temporal –mínima o máxima– de la responsabilidad del proveedor por falta de conformidad y de su plazo dependiente, referido a la inversión de la carga de la prueba. Así, con el fin de lograr un mayor equilibrio entre los intereses en juego, el Consejo acabaría proponiendo que la DCD determinara uno y otro plazo y sus condiciones[13]. Eso se reflejaría luego en el texto propuesto como fórmula transaccional por la Presidencia del Consejo, que distinguía entre distintas formas de suministro[14]. Así, el art. 9 b) ii) y el art. 9 *bis* 2 del nuevo texto seguían la idea ya manifestada en la Propuesta DCD 2015, según la cual el proveedor debía ser responsable de las faltas de conformidad que se manifestaran a lo largo de todo el período de suministro; eso incluía casos en los que el proveedor ponía un servicio a disposición de los consumidores durante un período fijo o indefinido, como un almacenamiento en la nube durante dos años, o un registro en una plataforma de redes sociales por tiempo ilimitado. En tales supuestos, siempre correspondía al proveedor probar la conformidad (art. 10.1 *ter*).

En un planteamiento acorde con la Directiva 1999/44/CE y la Propuesta de Directiva sobre compraventa en línea (DCV) de 2015 que se tramitaba paralelamente a la de contenidos digitales, el citado texto transaccional pre-

12. Antes, SWD (2015) 274 final/2, p. 122.
13. Consejo de la UE, Documento 9768/16, Bruselas, 2 de junio de 2016, núms. 26-27.
14. Consejo de la UE, Documento 9901 ADD 1, Bruselas, 1 de junio de 2017.

veía, en el art. 9 b) i), la responsabilidad del empresario por cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que existiera en el momento del suministro, cuando el contrato estableciera que ello debía tener lugar en uno o varios actos individuales de entrega. Para ilustrar la situación, se sugería añadir ejemplos en los Considerandos, como la descarga un libro electrónico y su posterior almacenamiento en un dispositivo personal; o el envío de un enlace para descargar un nuevo libro electrónico cada semana. Luego, un nuevo art. 9 *bis* se refería al período de responsabilidad del empresario y establecía que solo si con arreglo a la legislación nacional era este responsable durante un plazo por cualquier falta de conformidad que se manifestase en un tiempo posterior a ese suministro, tal plazo no debía ser inferior a dos años (art. 9 *bis* 1). Algunos Estados miembros lamentaron que la Propuesta de la Comisión quedara así tan diluida y que se permitiera mantener distintas disposiciones legales en los ordenamientos jurídicos nacionales, porque eso fragmentaba el mercado y mantenía las barreras al comercio y, por tanto, se reservaban el derecho a hacer valer esa idea en futuras negociaciones interinstitucionales[15].

Después de que la Presidencia del Consejo hubiera hecho pública su propuesta, las comisiones JURI e IMCO del Parlamento europeo adoptaron una posición de negociación en noviembre de 2017. El Parlamento prescindía en primera lectura de la idea según la cual los contenidos digitales no son objeto de desgaste e imponía un período de responsabilidad del proveedor de dos años, a partir de cada entrega. Por consiguiente, no solo eliminaba de la Propuesta de la Comisión la idea de que los Estados miembros debían abstenerse de mantener o introducir un período de responsabilidad, sino que tampoco admitía la Propuesta de la Presidencia del Consejo, que sí que lo permitía. Por el contrario, si los contenidos digitales debían suministrarse durante un tiempo, entonces el proveedor debía ser responsable por cualquier falta de conformidad que se manifestara a lo largo de ese período[16]. En esto el Parlamento no introducía novedades.

---

15. *Vid.* declaración conjunta de Letonia, Lituania y Luxemburgo, en Consejo de la UE, Documento 10080/17 (Bruselas, 7 de junio de 2017) y Documento 10080/1/17 REV 1 (Bruselas, 8 de junio de 2017).

16. I Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor / Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponentes Evelyne Gebhard, Axel Voss, PE592.4444v02-00. Bruselas, 27.11.2017. Enmienda 55 de supresión del Cdo 43 y enmienda 105, de un nuevo art. 9 (art. 10 en la propuesta de la Comisión).

1.2. Plazo de inversión de la carga de la prueba

La Directiva 99/44 invertía la carga de la prueba de la no conformidad en detrimento del empresario. Eso mismo aconsejaba el Informe de Impacto antes referido y aun con mayor razón, dada la naturaleza técnica de los contenidos digitales y la dificultad para los consumidores de establecer la causa del problema, cosa que podía ser especialmente difícil o complicado en el caso de que ninguno de los intervinientes en la cadena de producción quisiera asumir la responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de lo que reclamaban las empresas, lo recomendable era no limitar la inversión de la carga de la prueba a un plazo concreto, porque tampoco previamente se había impuesto un plazo concreto de garantía legal[17]. Así lo recogió luego el art. 9 de la Propuesta DCD 2015, que especificaba que la prueba de la falta de conformidad siempre correspondía al proveedor, salvo que este pudiera demostrar que el *hardware* o *software* del consumidor no cumplía los requisitos técnicos establecidos en el momento de concluir el contrato, o cuando este último se negara a colaborar para que aquel pudiera analizar el entorno digital[18].

La fórmula transaccional de la Presidencia del Consejo proponía que la carga de probar que los contenidos o servicios digitales suministrados eran conformes correspondiera al proveedor por cualquier falta de conformidad que se manifestara en el plazo de un año a partir del suministro de los contenidos o servicios digitales (art. 10*bis* 1 en relación con el art. 9 b) i), que era el precepto que introducía la referencia al acto único de suministro o a una serie de actos individuales de suministro). Por considerar insuficiente ese plazo, algunos Estados miembros se reservaron el derecho a intentar mejoras en las futuras negociaciones interinstitucionales con el Parlamento[19]. Otros, por el contrario, defendían un plazo más corto de seis meses y auguraban una pesada carga para los proveedores si se mantenía el de un año[20].

El Parlamento europeo sugirió luego que la carga de la prueba de que existía una falta de conformidad en el momento indicado en el art. 9 (correspondía al art. 10 del texto de la Comisión) se atribuyera al empresario como regla general siempre que la falta de conformidad al contrato se manifestara

17. SWD(2015) 274 final/2, p. 62, p. 63, p. 125.
18. SWD (2015) 274 final/2, p. 125.
19. Los Estados eran Portugal, Francia, Italia, Rumanía y Chipre. *Vid.* Consejo de la UE, Documento 10080/17 (Bruselas, 7 de junio de 2017) y Documento 10080/1/17 REV 1 (Bruselas, 8 de junio de 2017).
20. Austria, en particular. *Vid.* supra nota anterior.

durante los siguientes períodos: a) en un plazo de dos años a partir de la fecha de suministro de los contenidos o servicios digitales (lo cual suponía mejorar la propuesta de la Presidencia del Consejo); b) durante el período de validez del contrato, cuando el contrato previera el suministro continuado de contenidos o servicios digitales[21].

1.3. El plazo de prescripción de la reclamación

La Propuesta DCD 2015 impedía a los Estados miembros introducir un plazo de responsabilidad del empresario, pero en cambio consideraba que estos debían seguir teniendo libertad para aplicar las normas de prescripción nacionales a las reclamaciones basadas en la falta de conformidad de los contenidos digitales (Cdo 43).

Tras referirse a los plazos de garantía, también el art. 9 *bis* (3) de la Propuesta transaccional de la Presidencia del Consejo aludía luego a los plazos de prescripción, que no podían ser inferiores a dos años a contar desde el momento del suministro en uno o varios actos (art. 9 b) i)) o, supuesto que este suministro fuera continuado a lo largo del contrato, a dos años a contar desde su extinción, o desde el momento en que el consumidor fuera consciente (o debiera considerarse que lo era) de la falta de conformidad, si ese momento era anterior (art. 9 b) ii)). Un Considerando debía aclarar que no era la pretensión del legislador europeo establecer plazos de prescripción, pero este sí que debía asegurar que los consumidores pudieran ejercer sus derechos. Se decía por eso que, aunque la DCD no estableciera la fecha de inicio de los plazos de prescripción, sí que debía impedir que el término de los mismos fuera anterior al fin del período durante el cual el proveedor fuera responsable de la falta de conformidad[22].

El plazo de prescripción de dos años del art. 9 *bis* 3 i) (que remitía al art. 9 b), i)) se iniciaba con la entrega, de manera que el cómputo de la prescripción era objetivo. La duda es si este debía existir siempre (de acuerdo con la regulación nacional) o solo cuando el Estado miembro decidiera no imponer el plazo de garantía a que se refería dicho art. 9 b) i). Si lo

21. Parlamento Europeo, enmienda 104, al art. 9 Propuesta DCD 2015, que pasa a ser el art. 10. El precepto contemplaba también las excepciones a la inversión de la carga de la prueba.

22. Austria lamentaba la poca precision del art. 9 *bis* (ii) «Unclear legal drafting also affects the provisions on the start of the time-limit for the warranty». *Vid.* Consejo de la Unión Europea, Documento 10080/17 (Bruselas, 7 de junio de 2017) y Documento 10080/1/17 REV 1 (Bruselas, 8 de junio de 2017).

primero, los plazos hubieran corrido paralelos (puesto que el *dies a quo* coincidía) y, dejando de lado los posibles efectos de la suspensión de unos y/u otros plazos, eso no habría tenido sentido si ambos tuvieran la misma duración, cosa que era perfectamente posible porque lo único a que obligaba la propuesta en ambos casos era a no imponer un plazo inferior a los dos años en los derechos nacionales. Solo si el plazo de prescripción hubiera sido más largo que el de responsabilidad hubiera tenido sentido la coexistencia con plazos de inicio idénticos. Si, por el contrario, los plazos no estaban llamados a coexistir y tan solo se trataba de substituir uno por otro –entendimiento que, ciertamente, venía propiciado por la propia existencia de un mismo *dies a quo*– entonces la tan valiente inicial postura de la Comisión, que no obligaba a los Estados miembros a establecer un plazo de responsabilidad, quedaba completamente desactivada con esta disposición, puesto que, ahora se permitía a los Estados miembros imponer plazos de prescripción que, al fin y al cabo, acabarían significando lo mismo, ya que el llamado «plazo de prescripción» podía transcurrir por completo sin que el consumidor conociera la falta de conformidad. Solo en este caso podía tener sentido advertir de que el plazo de prescripción no podía ser inferior a los dos años mínimos del de responsabilidad del empresario previsto y regulado en la Propuesta transaccional. En realidad, ese mal considerado plazo de prescripción debía ser considerado, más bien, un plazo de caducidad, dado que el efecto de su transcurso hubiera sido la extinción de cualquier posible reclamación[23].

Por otra parte, si, en la hipótesis de suministro continuado, la responsabilidad del empresario debía durar tanto como el contrato, es lógico, por lo ya dicho, y porque, de admitirse, el plazo hubiera sido variable en función de la duración de cada contrato, que tampoco en esta hipótesis tuviera sentido un cómputo objetivo al inicio del suministro, salvo, claro está, que el *dies a quo* se fijara, precisamente, en el momento de la extinción del contrato. Efectivamente, además de que eso en nada hubiera perjudicado a las reclamaciones por falta de conformidad que hubieran sido descubiertas al inicio del contrato, también hubiera permitido reclamar por las faltas de conformidad que hubieran podido aparecer acaso tan solo unos días antes

23. A propósito de la Directiva 99/44, Badosa, Coll, F., «El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del articulo 5 de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo», en Lete Achirica, J. (ed.), *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 140.

de su extinción. Alternativamente, el texto propuesto por el Consejo permitía a los Estados miembros optar por un plazo subjetivo, que se iniciara en el momento en que el consumidor conociera o hubiera podido conocer la falta de conformidad acaecida durante el período de suministro. En tal caso es evidente que, aunque el plazo de prescripción terminara antes que el contrato, no por ello dejaba el proveedor de ser responsable hasta su extinción, por las nuevas faltas de conformidad que pudieran aparecer hasta entonces.

El Parlamento europeo no haría luego ninguna referencia a las normas sobre prescripción y, además, una enmienda eliminaba el Cdo 43 de la Propuesta de la Comisión, que aludía a la libertad de los Estados miembros para establecer sus propias reglas en esta materia[24].

2. LOS CONTENIDOS DIGITALES INCORPORADOS EN BIENES

La Propuesta DCV 2015 solo regulaba la compraventa de bienes *online* y no preveía reglas específicas para los bienes con contenidos digitales[25]. Ambas cuestiones fueron objeto de reflexión de forma paralela a las negociaciones sobre la Propuesta DCD 2015 y, finalmente, la Comisión modificó su Propuesta de DCV en octubre de 2017[26]. Al final se impuso una regulación uniforme para las ventas *on* y *off line* para impedir la fragmentación del acervo, evitar el aumento de los costes de transacción para las empresas que se servían de la doble modalidad de negocio, y procurar no confundir sobre los derechos de los consumidores, según compraran en línea o fuera de línea[27]. En consecuencia, en la nueva Propuesta DCV 2017 los plazos para exigir responsabilidad al vendedor quedaban unificados en una única regulación para todo tipo de ventas. Su objeto serían no solo los bienes tangibles «simples», sino también los bienes con contenidos digitales, como aparatos domésticos o juguetes, siempre que estos estuvieran insertados de forma que funcionaran como un accesorio de las funciones principales de aquellos y operaran como parte integrante de los mismos (Cdo 13).

---

24. Parlamento Europeo, enmienda 55, de supresión del Cdo 43 de la Propuesta DCD 2015.
25. Para la crítica, Wendehorst, C., «Consumer contracts and the Internet of Things», en Schulze, R. – Staudenmayer, D. (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 189-223.
26. Bruselas, 31.10.2017, COM(2017) 637 final.
27. SWD/2017/0354 final, pp. 5 ss. La queja había sido también puesta de relieve en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 27 de abril de 2016 (§ 1.8). Ponente: Jorge Pegado Liz (DO C 264, de 20 de julio de 2016).

El Consejo elaboró su propuesta a lo largo del año 2018, teniendo pleno conocimiento del texto aprobado en sesión plenaria por la comisión IMCO del Parlamento europeo en febrero de 2018[28].

2.1. Sobre la ubicación normativa de los contenidos digitales incorporados en bienes

Una de las cuestiones que preocupaba en el Consejo era determinar si todos los bienes de consumo debían regirse por un mismo conjunto de normas, tal y como había previsto la Comisión. A la vista de la posición del Parlamento, según el cual los contenidos digitales incorporados a un bien debían regirse por las normas de la DCD y, por el contrario, el bien en sí mismo considerado (el *hardware*) al que se incorporaban los contenidos debía regirse por la DCV («planteamiento mixto»)[29], se preguntaba a los ministros si estaban de acuerdo en que, por el contrario, los bienes que incorporan contenidos o servicios digitales («bienes inteligentes») debieran regirse de manera global por las normas de compraventa de bienes, y en que esas normas se concibieran de forma flexible y neutral desde el punto de vista tecnológico, de manera que incorporasen una visión de futuro y resultasen adecuadas para la evolución posterior, esto es, para nuevos tipos de bienes[30].

El Consejo no ocultaba su preferencia por excluir los contenidos y servicios digitales incorporados en los bienes del ámbito de aplicación de la directiva sobre contenidos digitales[31]. Su planteamiento, distinto al del Parlamento, perseguía la aplicación de un único régimen a todos los bienes de consumo por razones elementales de seguridad jurídica. Sin embargo, el Consejo también veía la necesidad de determinar qué aspectos de las normas sobre compraventa de bienes debían adaptarse para garantizar que se tuvieran debidamente en cuenta las características específicas de los bienes con componentes (contenidos y, en adelante, también servicios) digitales y

28. I Informe sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. PE593.817v04-00. Bruselas, 27.2.2018. Ponente: Pascal Arimont.
29. Parlamento europeo, enmienda 10, de nueva redacción del Cdo 13 y enmienda 38 de supresión del art. 1.3 de la Propuesta DCV 2017.
30. Consejo de la UE, Documento 9261/18, Bruselas, 24 de mayo de 2018.
31. Consejo de la UE, Documento 9901/17, Bruselas 1 de junio de 2017. Para las distintas posibilidades que se llegaron a barajar, *vid.* Documento 14827/16 (Bruselas, 1 de diciembre de 2016); Documento 9768/16 (Bruselas, 2 de junio de 2016); Documento 8807 (Bruselas 8 de mayo de 2017).

sugería la necesidad de obtener una orientación política sobre estas cuestiones, con objeto de realizar un rápido avance en las negociaciones futuras entre los Estados miembros y con el Parlamento europeo[32].

En un texto de compromiso, el Consejo también amplio el concepto de bienes «inteligentes», de forma que la definición inicial dejó de tener en cuenta que los elementos digitales permitieran cumplir las funciones principales de los bienes, e incluyó la necesidad de referirse a cualquier función, además de añadir a los bienes interconectados a través de internet, e introducir una nueva delimitación del ámbito de aplicación de sendas normas, según la cual los contenidos/servicios digitales debían regirse por las normas de la compraventa si formaban parte del bien que era objeto de este negocio, que era algo que debía presumirse para facilitar la distinción[33].

2.2. Plazo mínimo de dos años de responsabilidad del vendedor

La Propuesta DCV de 2017 establecía un período de garantía legal de 2 años (art. 8) que mantenía el nivel de protección de los consumidores en la gran mayoría de Estados miembros[34]. El Consejo preguntaba si el nivel de armonización, en relación con la duración de ese plazo, debía ser coherente con los acuerdos transaccionales alcanzados en la orientación general del Consejo relativa a la Propuesta DCD 2015, a fin de permitir la flexibilidad necesaria para garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores[35]. La Presidencia del Consejo había sugerido inicialmente que las disposiciones correspondientes a los plazos de garantía legal en la compra de bienes con elementos digitales fueran las ya previstas en la Propuesta DCD 2015, a propósito de los contenidos digitales suministrados en una única entrega o en una serie de entregas individuales[36]. Luego, refinó esa idea en

32. *Vid.* Consejo de la UE, Documento 9261/18, Bruselas, 24 de mayo de 2018.
33. El texto de compromiso se encuentra en Consejo de la UE, Documento 14951/18, Bruselas, 3 de diciembre de 2018. Sin embargo, aquí se sigue la versión revisada contenida en el Documento 14951/1/1/18 REV 1 (únicamente disponible en portugués), de 6 de diciembre de 2018, pp. 3-4. *Vid.* art. 2 e) ii), art. 2-A.2. Italia manifestó sus reservas a la regulación que se proponía. *Vid.* Consejo de la UE, Documento 15346/18, Bruselas, 7 Diciembre 2018.
34. *Vid.* Cdo 32 Propuesta DCV de 2017; SWD (2015) 274 final/2, p. 52; SWD(2017) 354 final, pp. 22-23.
35. *Vid.* Consejo de la UE, Documento 9261/18, Bruselas, 24 de mayo de 2018.
36. Según el texto de compromiso que puede leerse en Consejo de la UE, Documento 9901/17, Bruselas, 1 de junio de 2017.

un documento posterior que representaba una fórmula de compromiso entre los Estados miembros y que servía de base para las negociaciones con el Parlamento europeo, en que claramente optaba por que los bienes inteligentes quedaran íntegramente regulados por la directiva sobre compraventa y no por la directiva sobre contenidos digitales, sin perjuicio de que aquellas reglas fueran suficientemente flexibles y pudieran adaptarse a la evolución de la tecnología[37].

El Parlamento entendía que el plazo de responsabilidad del vendedor de bienes con contenidos digitales integrados debía ser de dos años, a contar desde la entrega, aunque dejaba a los Estados miembros la posibilidad de mantener disposiciones más estrictas que ya estuvieran vigentes[38]. El Parlamento también contemplaba la posibilidad de que, durante el período de reparación o sustitución del bien, se suspendiera el período durante el cual el comerciante se considerara responsable y, además, consideraba que este debía empezar a contar de nuevo para los componentes y los bienes que el consumidor recibiera como sustitución de los bienes defectuosos[39]. A propósito de los bienes de segunda mano, señaló que cuando el consumidor hubiera tenido la oportunidad de examinarlos personalmente, antes de la conclusión del contrato, los Estados miembros deberían poder mantener disposiciones que previeran un plazo inferior cuando el vendedor y el consumidor hubieran acordado ese plazo más breve, que no podía ser inferior a un año, de forma expresa, por escrito o en un soporte duradero. La norma se refería, en general, a los bienes, sin excluir, por tanto, a aquellos que incluían elementos digitales[40].

El Consejo acabó por admitir que la responsabilidad del vendedor de bienes con contenidos digitales incorporados, o con los que se interconectaban, fuera de un mínimo de dos años a contar desde la entrega, exactamente igual que para compraventa de bienes convencionales, y como también se

37. El texto de compromiso se encuentra en el Consejo de la UE, Documento 14951/18, que lleva fecha de 3 de diciembre de 2018. Sin embargo, aquí se sigue la versión revisada contenida en el documento 14951/1/1/18 REV 1 (únicamente disponible en portugués), de 6 de diciembre de 2018.

38. Parlamento Europeo, enmienda 105 al art. 10, que pasa a ser el art. 9 de la Propuesta DCD 2015. A propósito de la Propuesta DCV 2017, *vid.* Parlamento europeo, enmienda 28 a un nuevo Cdo 32; enmienda 77 al art. 8.2 *bis* – nuevo.

39. A propósito de la Propuesta DCV 2017,*vid.* Parlamento Europeo, enmienda 28 a un nuevo Cdo 32.

40. A propósito de la Propuesta DCV 2017, *vid.* Parlamento Europeo, enmienda 78, de introducción de un art. 8.2 *ter* (nuevo).

había previsto ya en la directiva sobre contenidos digitales proporcionados en un acto único de suministro, en una muestra de coherencia entre ambas normas[41]. Sin embargo, debe hacerse notar que solo a propósito de la compraventa se admitía que los Estados miembros, además de mantener el plazo superior que ya tuvieran, pudieran también introducir plazos distintos, superiores. Puesto que la Propuesta del Consejo trataba de flexibilizar las reglas sobre la compraventa y prever soluciones específicas para los bienes con contenidos digitales incorporados, estableció por primera vez una regla específica para el suministro continuado de contenidos o servicios digitales incorporados en bienes que, sorprendentemente, ya no preveía que el proveedor fuera responsable de las faltas de conformidad que se manifestaran a lo largo de todo el período de suministro –como en la Propuesta de DCD 2015– sino que limitaba esa responsabilidad al mismo plazo de dos años por el que el vendedor respondía del bien, salvo que el contrato de suministro tuviera una duración superior, sin que se previera que esa duración también podía ser inferior ni que, en tal caso, se pudiera adaptar el plazo a esa menor duración del suministro[42].

El Consejo no proponía ninguna definición de «entrega» y, por consiguiente, lo que debiera entenderse por tal quedaba en manos de los Estados miembros[43]. Sí que, por el contrario, precisaba en un Considerando de su propuesta que los bienes con elementos digitales debían considerarse entregados al consumidor cuando se hubiera entregado el componente físico del bien y se hubiera efectuado el acto único de suministro del contenido o servicio digital o se hubiera iniciado el suministro continuado del contenido o servicio digital. Esto significaba que el vendedor también debía poner el contenido o servicio digital a su disposición, bien permitiéndole descargas, bien proporcionándole un hipervínculo, bien de cualquier otro modo adecuado para acceder a aquellos. Por lo tanto, se entendía que el momento adecuado momento adecuado para determinar la conformidad debía ser el momento en que el contenido o servicio digital se suministraba, siempre que el componente físico se hubiera entregado en un momento anterior.

41. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, Cdo 25-A, art. 8.2 I, 8-A 1 y 1-A. El Consejo no modificó la indicación de que la conformidad debía existir y en el momento de la entrega, exactamente igual que para otro tipo de bienes (art. 8.1).

42. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8.2. Debe considerarse incompleto el art. 8-A 1 II.

43. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, Cdo 24-B, art. 8.1. *Cfr.* Art. 8.1 y 2 Propuesta DCV 2017.

Se decía que, aunque fuera posible garantizar un momento uniforme para el inicio del plazo de responsabilidad para el componente físico, por un lado, y el elemento digital, por otro, en muchos casos no sería posible que el consumidor detectara un defecto en el componente físico antes de que el contenido o servicio digital estuviera disponible. De ahí, pues, que el plazo de responsabilidad del vendedor solo debiera comenzar entonces[44].

El Consejo también aceptó la norma específica sobre responsabilidad en materia de bienes de segunda mano[45]. Sin embargo, el Consejo admitía, con carácter general, esto es, no solo a propósito de los bienes con contenidos digitales, que los Estados miembros podrían ir más lejos y que no solo podrían mantener los plazos de responsabilidad más largos que ya existieran, sino que también podrían ampliarlos a propósito de la transposición de la DCV[46]. Igualmente consideraba que la DCV no debía regular la cuestión de las condiciones en las que debía o podía producirse una suspensión o interrupción del plazo de responsabilidad o de prescripción. Por lo tanto, los Estados miembros sí que debían poder preverlo, por ejemplo, en caso de reparación o sustitución o en caso de negociaciones entre el vendedor y el consumidor con vistas a una solución amistosa[47].

2.3. Presunción de falta de conformidad e inversión de la carga de la prueba durante el plazo mínimo imperativo de un año

En la Propuesta de DCV de 2017, el plazo durante el cual la carga de la prueba de la falta de conformidad se invertía a favor del consumidor era de dos años (Cdo 26, art. 8.3). Ese plazo coincidía exactamente con el plazo de responsabilidad del vendedor por cualquier falta de conformidad. En esos dos años, el consumidor solo debía demostrar que el bien no era conforme, sin necesidad de evidenciar también que la falta de conformidad existía ya en el momento pertinente, esto es, en el momento de la adquisición de la posesión por el consumidor, o la entrega al transportista, o la completa instalación (art. 8.1 y 2). El Parlamento europeo cambió la regla y estableció

44. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, Cdo 24-C (sin correspondencia en el articulado).
45. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, Cdo 25-C, art. 8 A 2.
46. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8 A 1-A.
47. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, Cdo 25-D (sin correspondencia en el articulado).

que esa presunción de falta de conformidad solo debía regir durante el año siguiente a ese momento y añadió una regla específica para la venta de bienes de segunda mano, en virtud de la cual los Estados miembros podían mantener disposiciones que previeran un plazo inferior al año, cuando el vendedor y el consumidor lo hubieran acordado de forma expresa, por escrito o en un soporte duradero, y siempre que el consumidor hubiera tenido la oportunidad de examinar los bienes personalmente antes de la conclusión del contrato. El problema es que luego se añadía, con notoria incorrección, que «ese plazo más breve, no podía ser inferior a un año» (art. 8 *bis* 2)[48]. Luego el Consejo introdujo una regla a medio camino entre la propuesta de la Comisión y la subsiguiente modificación del Parlamento, de manera que si bien admitía que la carga de la prueba se invirtiera durante un año, para todo tipo de bienes, sin embargo añadía que eso era sin perjuicio de que los Estados miembros pudieran introducir un plazo superior, que en todo caso no debía exceder de dos años[49]. En la hipótesis de que el suministro fuera continuado, se seguía previendo que fuera el empresario quien tuviera la carga de probar que el suministro había sido conforme durante el tiempo en que se había previsto su responsabilidad, pero esta vez ello exigía diferenciar entre el suministro que fuera inferior y superior a dos años[50].

2.4. Plazos de prescripción

Según la Propuesta DCV 2017, los plazos de prescripción no podían ser inferiores a los dos años desde el momento en que se cumpliera el plazo pertinente para establecer la conformidad al contrato, lo cual no solo significaba que dicho período no podía expirar con antelación, sino que tampoco podía empezar a correr hasta que hubiera transcurrido el plazo de responsabilidad (art. 14). No había, pues, riesgo alguno de burlar los plazos de garantía o responsabilidad del vendedor. Por el contrario, el Parlamento europeo entendía que la prescripción no debía ser objeto de regulación en ninguna de las directivas y, en consecuencia, tampoco imponía límites ni

48. A propósito de la Propuesta DCV 2017, Parlamento Europeo, enmienda 24, de modificación del Cdo 26; enmienda 29, de supresión del Cdo 33; enmienda 80, de un art. 8 *bis* (nuevo).

49. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8-B 1 y 1-A.

50. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8-B 2.

criterios a seguir en la DCV, como antes ya había hecho a propósito de la DCD[51]. Una vez más, el Consejo siguió un camino intermedio en cuestión de plazos de prescripción, pero, además, modificó el *dies a quo*. Efectivamente, el Consejo admitía que las medidas correctoras podrían estar sujetas a un plazo de prescripción en los ordenamientos jurídicos nacionales, pero no exigía que la prescripción tuviera un plazo concreto y le bastaba con que no fuera más corto que el de responsabilidad o garantía, teniendo en cuenta que los Estados miembros podían ampliar este último previsto en la DCV[52]. El Consejo también introdujo la regla en virtud de la cual cuando el plazo de prescripción fuera superior a los dos años en los Estados miembros, también debía serlo el de responsabilidad del vendedor[53].

3. LOS PLAZOS EN LAS ACTUALIZACIONES

La Comisión europea había tratado de las actualizaciones en la Propuesta DCD 2015 solo para afirmar en los Considerandos que estas podían formar parte del deber de puesta en conformidad (Cdo 36) y que la versión de los contenidos digitales suministrados al consumidor debía incorporar la actualización más reciente en el momento de concluir el contrato (Cdo 29). El consumidor solo tenía un derecho a recibir actualizaciones si el empresario se las ofrecía (art. 6.1 d). El Parlamento introdujo por primera vez la necesidad de que el empresario facilitara actualizaciones, incluidas las de seguridad, solo durante un plazo razonable, con el fin de mantener la conformidad, sin perjuicio de la libertad del consumidor de no instalarlas (si, por ejemplo, ello requiriera una actualización de su sistema operativo), también en un plazo razonable, aunque entonces este no podría esperar ya que los contenidos o servicios digitales continuaran siendo conformes al contrato y, naturalmente, ello debía tenerse en cuenta al evaluar la responsabilidad del proveedor, de todo lo cual debía ser consciente el consumidor[54]. Se mantenía la idea de que las actualizaciones formaban parte de los requisitos de conformidad subjetivos (actualizaciones expresamente pactadas en el contrato) pero, por primera vez, también se imponía el deber de proporcionarlas como requisito

51. A propósito de la Propuesta DCV 2017, Parlamento europeo, enmienda 53, de introducción de un nuevo art. 2 *bis* (7) y enmienda 109, de supresión del art. 14.
52. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8-A 1-A.0 y 8-A 1 B en relación con el art. 8-A 1-A.
53. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8-A 1-B.
54. A propósito de la Propuesta DCD 2015, Parlamento Europeo, enmienda 39 de un nuevo Cdo 28 *bis*.

de conformidad objetivo y, como queda dicho, la regla general era que el empresario las debía solo durante un período razonable[55].

Las Propuestas DCV 2015 y 2017 no contenían alusión alguna a los bienes con elementos digitales y, por consiguiente, tampoco regulaban la cuestión de las actualizaciones. La primera referencia que se hace a estas últimas, con el fin de mantener los bienes en conformidad, se encuentra en el texto de compromiso que sobre la Propuesta de DCV elaboró el Consejo. El texto no contenía una referencia explícita a las actualizaciones cuando el suministro de los contenidos digitales era continuado y sí que, en cambio, se preocupaba de señalar una diferencia esencial respecto de lo previsto por el Parlamento en las enmiendas a la Propuesta DCD 2015. Así, se entendía que en un contrato de compraventa que previera un único acto de suministro, las actualizaciones ya no se debían durante un plazo razonable, sino durante un plazo de dos años[56] y durante todo ese tiempo la prueba de si la falta de conformidad había sido causada por la omisión de una actualización correspondía al vendedor[57]. La razón que se esgrimía para justificar que la Propuesta de DCV 2017 se desviara de la Propuesta DCD 2015 era la necesidad de garantizar la seguridad jurídica para la amplia gama de los bienes incluidos en el ámbito de aplicación de la DCV. Imitar en este punto lo sugerido para la Propuesta de DCD 2015, se decía, hubiera conducido a años de inseguridad jurídica en cuanto a la duración de la obligación de actualización, hasta el momento en que los tribunales determinasen los plazos correspondientes a las expectativas del consumidor en lo que concierne a los diferentes tipos de bienes[58].

IV. EL RESULTADO

El Consejo, el Parlamento y la Comisión mantuvieron una serie de contactos informales con el fin de llegar a un acuerdo en primera lectura sobre ambas directivas. Los componentes, Evelyne Gebhardt y Axel Voss

55. A propósito de la Propuesta DCD 2015, Parlamento Europeo, enmienda 98 al art. 6.1 d) (requisitos de conformidad subjetivos, que se debía tener en cuenta cualquier declaración precontractual que formara parte de las cláusulas contractuales); enmienda 99 de introducción de un nuevo art. 6 *bis*. En particular, art. 6 *bis* (4).

56. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8.3 y 8-A 1 III.

57. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8-B 3.

58. Consejo de la UE, Documento 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, p. 5.

presentaron una enmienda de transacción (enmienda 126) a la Propuesta DCD 2015 en nombre de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) y la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI), que había sido acordada durante aquellos contactos informales. También tras los pertinentes contactos, el ponente, Pascal Arimont, en nombre de la comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) del Parlamento europeo presentó una enmienda de transacción a la Propuesta DCV 2017 (enmienda 123), que representaba el acuerdo alcanzado entre las instituciones. En ambos casos, la posición en primera lectura del Parlamento, el 26 de marzo de 2019, reflejaba ese acuerdo interinstitucional[59] y, por consiguiente, luego también el Consejo prestó su consentimiento[60].

1. A PROPÓSITO DE LOS MODELOS DE NEGOCIO

No es lo mismo adquirir un sistema operativo, descargar una aplicación para incorporar en el móvil, o proporcionar un enlace semanal para obtener un libro electrónico, que obtener un suministro continuado de datos de tráfico en un sistema de navegación, o una suscripción a Netflix o Spotify. Como se ha visto, la cuestión de los plazos de responsabilidad del empresario se hace depender de las modalidades de negocio. En la DCD se clasifican como los contratos de suministro continuado (así, un contrato de almacenamiento en nube de dos años; o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido, Cdo 57 DCD) o como contratos de suministro en uno o varios actos individuales de entrega. Los primeros no deben confundirse con contratos de larga duración: también es suministro continuado la retransmisión en línea de un videoclip que solo dura una hora (Cdo 57 DCD). Se diría incluso que la expresión «suministro continuado» no tiene siquiera significado jurídico, pues a veces parece que solo exige al empresario disponer de una instalación técnica a la que se pueda acceder mientras dura el contrato[61]. Por otro lado, la individualización de [uno o

59. *Vid.* Resultado de la primera lectura del Parlamento Europeo, Documento 7718/19, de 1 de abril de 2019, sobre la Propuesta DCV; Resultado de la primera lectura del Parlamento Europeo, Documento 7720/19, de 27 de marzo de 2019, sobre la Propuesta DCD.

60. Consejo de la UE, Documento 8087/19, Bruselas, 5 de abril de 2019, de adopción del acto legislativo consistente en el Proyecto de DCV; Consejo de la UE, Documento 8084/19, de 5 de abril de 2019, de adopción del acto legislativo consistente en el Proyecto de DCD.

61. *Vid.* Cdo 57 DCD. Además, Zoll, F., Art. 11 DCD, en Schulze, R. – Staudenmayer, D. (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020,

varios] actos de entrega proporciona una estructura de negocio similar a la de la compraventa, pero eso no significa que un acto de entrega individualizado, *v. gr.* la descarga de *software*, no pueda comportar un disfrute limitado en el tiempo, a diferencia de lo que típicamente sucedería si de una compraventa se tratase[62]. Se ha dicho quizás por eso que priman en la DCD los contratos de cesión temporal del uso[63] y de ahí se ha deducido que los negocios a los que principalmente se destina la norma son aquellos que tienen por objeto el suministro continuado[64]. Ciertamente, la adquisición permanente del derecho a utilizar los contenidos digitales bien podría haberse regulado en la DCV, que habría podido adaptarse bien a los nuevos objetos de contratación como el *software*[65].

Sin embargo, no se ha hecho así y, al final, resulta muy complicado diferenciar algunos supuestos. No está claro, por ejemplo, si es posible calificar de suministro continuado un único acto de entrega, solo por el hecho de que da lugar a un uso temporal de los contenidos digitales. Sin duda, tal y como está configurado el régimen actual, eso sería muy oneroso para el empresa-

---

p. 202, p. 208; González Pacanowska, Isabel, «El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales», en González Pacanowska, Isabel – Arnaldo Planas, Mª Carmen (dirs), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 323. A la vista del art. 2.2 DCD, parece que la puesta a disposición de esa instalación equivale a prestar un servicio, pero el precepto no aclara si la calificación debe mantenerse cuando no es el consumidor quien proporciona contenidos digitales. Brevemente, Arroyo Amayuelas, E., «Las nuevas directivas sobre digitalización del derecho de contratos», en Arnau Raventós, L. (ed.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 24, nota 20.

62. La STJUE C-128/11, de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* reconoce que la descarga del *software* en el ordenador del comprador equivale a la entrega en una compraventa siempre que además se haya adquirido una licencia de uso indefinido. Luego, STJUE C-410/19, de 16 de setiembre de 2021, *The Software Incubator* (§§ 37-42).

63. Schmitt, T. R., «A new warranty law for digital content ante portas», *University of Vienna Law Review*, 2018, 2-1, p. 4, p. 13.

64. Zoll, Art. 11 DCD, en Schulze – Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 207.

65. Sobre la cuestión de los bienes no corporales como objeto de la compraventa en distintos ordenamientos, *vid.* Von Bar, Ch., *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, I, Beck, Munich, 2015, pp. 128-132. Afirma que un moderno derecho de compraventa no puede dejar de tener en cuenta el software y otros datos en formato digital, Rüfner, T., Art. 18:101, en Zimmermann, R. – Jansen, N. (eds.), *European Contract Laws*, OUP, Oxford, 2019, p. 1970. Expresamente, DCFR IV. A. – 1:101 (2) (d). El art. 1 (1) Reglamento CESL declara aplicables las normas de la compraventa a los contenidos digitales, sin referirse directamente al contrato de compraventa. Crítica, Wendehorst, Ch., Art. 5 Reg CESL, en Schulze, R. (ed.), *Common European Sales Law*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 44.

rio, porque le obligaría a responder por falta de conformidad durante todo el tiempo en que el consumidor pudiera usarlos de acuerdo con el contrato y no solo por los defectos que existieran en el momento de la entrega y (en su caso) limitadamente a dos años (art. 11.2 II DCD). Se diría, además, que no es una solución lógica si se concluye que el empresario pierde el control tras el acto de entrega. Sin embargo, el Cdo 57 DCD trata el suministro con actos de entrega individuales y periódicos (*v. gr*. diez libros al año) como un suministro continuado mientras dura el contrato e independientemente de la duración de este último[66]. Ese Cdo 57 DCD plantea la duda adicional de si hay que tratar como tal suministro continuado el acto de entrega de un contenido digital que, a pesar de comportar un uso permanente e ilimitado, sin embargo, cuenta con actualizaciones[67]. A tal efecto, la doctrina distingue en función de que las actualizaciones sean o no parte esencial de la prestación. Sería esencial la actualización de un programa antivirus y, entonces, habría que entender que el suministro es continuado; pero no necesariamente lo es la actualización de un juego de ordenador, puesto que puede continuar utilizándose sin ellas[68]. Son situaciones confusas que el legislador europeo debería haber perfilado mejor, porque son conceptos determinantes para establecer la responsabilidad del empresario.

2. UN EFECTO ARMONIZADOR LIMITADO

Ambas normas reflejan evidentes soluciones de compromiso que limitan su efecto armonizador y, a pesar de tratarse de directivas gemelas, resulta que la regulación que ambas ofrecen no es completamente coincidente en la materia de que aquí se trata.

---

66. Crítico, Zoll, Art. 11 DCD, en Schulze – Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 208.
67. Contrarios a esa posibilidad, Sein, K. – Spindler, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», ERCL, 2019, 15-4, p. 387.
68. *Vid.* Wendehorst, Ch., «Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen. Das neue Gewährleistungsrecht auf dem Prüfstand», en Stabentheiner, J. – Wendehorst, Ch. – Zöchling-Jud, B. (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, pp. 114-115, p. 118, nota 20. Luego en Wendehorst, Ch., «The Update Obligation», en Lohsse, S. – Schulze, R. – Staudenmayer, D. (eds.), *Smart Products*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2022, p. 66. Sin embargo, *vid.* Sein – Spindler, «The New Directive (2)», p. 387: «why should an update for a MS Windows system be considered as an update for a one-off supply whilst the updating of an antivirus software as a continuous supply? In both cases the updates ensure the usability and security of the product so that – contrary to recital 57 – there should be no difference».

2.1. Plazos de responsabilidad y otros plazos

Un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales tanto puede tener por objeto la adquisición de *software*, las descargas de películas, la visualización de vídeos (*streaming*), el uso de *software* en la nube o la puesta a disposición de un lugar para el almacenamiento de datos (*cloud storage*, *cloud computing*), así como el acceso a redes sociales, plataformas como YouTube, o blogs, o el suministro de archivos con *software* personalizado. El plazo de responsabilidad ilimitado previsto en la Propuesta DCD 2015, para cualquiera de esos supuestos, se ha transformado en un plazo de garantía que varía en función de la modalidad de suministro. El plazo imperativo de dos años, pensado para la hipótesis de actos únicos de entrega, tal como había sugerido el Parlamento, ha pasado a ser un plazo de garantía mínimo y, además, es dispositivo, según las indicaciones sugeridas por el Consejo. Las discrepancias entre el Parlamento y el Consejo sobre el plazo de duración de la carga de la prueba (1 año, según el Consejo; 2, según el Parlamento) se han saldado con el establecimiento de un año en la DCD, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan ampliarlo a dos.

El plazo de garantía de dos años también adquiere la cualidad de mínimo indispensable en una compraventa de bienes con elementos digitales. La conformidad debe existir ya en el momento de la entrega, si el suministro de elementos digitales no es continuado. De nuevo se reduce la presunción de falta de conformidad a un año, esta vez a instancias del Parlamento, pero con la posibilidad de que los Estados miembros lo amplíen a dos, de acuerdo con la sugerencia conciliadora del Consejo que, de esta manera, no desatendía del todo la inicial Propuesta de la Comisión.

Si, por el contrario, el suministro de contenido digital es continuado y este se incorpora en bienes, de acuerdo con la DCV el empresario debe responder por toda falta de conformidad acaecida durante el período de suministro si este dura más de dos años; o solo durante este tiempo, si aquel es inferior. La inversión de la carga de la prueba –que no ya presunción– corresponde al empresario durante todo el período de suministro, solo si este es superior a dos años. En la DCD, por el contrario, solo se atiende al plazo de suministro del contenido digital (no incorporado en bienes) a la hora de determinar durante cuánto tiempo responde el empresario, sin establecer un período mínimo o máximo de responsabilidad. En este punto, no se han seguido las previsiones del Consejo, que establecía la necesaria distinción según el suministro fuera de dos años o más, o no llegara a dos años. La inversión de la carga de la prueba se alargaba hasta dos años en este último supuesto.

Para los bienes de segunda mano, se puede pactar un plazo de garantía inferior, de un año, en cuyo caso la presunción también debe adaptarse convenientemente.

Continúa estando en manos de los Estados miembros la posibilidad de suspender cualquiera de esos plazos –aunque solo la DCV lo recalca– y estos también pueden optar por normas de prescripción (de los remedios) o de garantía (como límite de la responsabilidad del vendedor) o bien combinar ambos plazos. Las directivas no establecen el *dies a quo* de la prescripción, ni imponen plazos concretos, pero limitan las circunstancias en que se pueden imponer los inferiores a los dos años. Solo la DCV permite a los Estados miembros hacer dependiente el ejercicio de los derechos de los consumidores, ante la falta de conformidad, de su previa notificación al vendedor en un plazo no inferior a dos meses[69].

2.2. Plazos para las actualizaciones

El régimen de la conformidad incluye las actualizaciones, pero este es distinto en ambas directivas. En una compraventa de bienes con contenidos digitales o un contrato de suministro con un acto único o actos individuales, el comprador puede contar con actualizaciones de acuerdo con lo que los tribunales acaben considerando que son sus expectativas razonables. Por tanto, esas actualizaciones podrán deberse durante el plazo de responsabilidad del vendedor, que en la DCV son dos años; pero también podrían ir más allá, por ejemplo, si se trata de actualizaciones de seguridad, e igualmente debe admitirse un plazo inferior a los dos años (*cfr.* Cdo 31 DCV y art. 10.1 DCV). Es verosímil que eso conduzca a cierta inseguridad jurídica en cuanto a la duración de la obligación de actualización. En un contrato de suministro continuado de elementos digitales, por el contrario, se deben actualizaciones durante todo el tiempo que dure el contrato de suministro. Se superponen, pues, la obligación de suministro del contenido digital y la obligación de actualizarlo. Sin embargo, cuando ese suministro continuado se incorpora en bienes (*v. gr.* sistema de navegación del automóvil), las actualizaciones se deben durante todo el tiempo que dura el contrato solo si aquel suministro

69. Inicialmente prohibido, según el Cdo 25 Propuesta DCV 2017 (Cdo 25), el Consejo introdujo la libertad de los Estados Miembros para mantener o introducir la notificación como requisito para poder ejercer los derechos en un plazo de por lo menos dos meses desde el momento en que fuera detectado el defecto. *Vid.* Consejo de la UE, Documento de Orientación General 14951/1/1/18 REV 1 (pt), Bruselas, 6 de diciembre de 2018, art. 8-C.

dura más de dos años. Si dura menos (*v. gr*. la aplicación de Spotify incorporada en el *smartphone*, que se renueva con nuevas canciones solo durante un año) el empresario todavía debe proporcionar actualizaciones durante un mínimo de dos años. Se ha optado, pues, por incorporar una regla que se aparta, aunque solo parcialmente, de la regulación prevista en la DCD.

3. VALORACIÓN GENERAL

3.1. ¿Por qué plazos de garantía?

Ambas directivas admiten que puede prescindirse de los plazos de responsabilidad del vendedor o empresario (art. 10.5 DCV; art. 11.2 DCD). Es sorprendente que así sea teniendo en cuenta la voluntad de plena armonización de la norma, que se supone que no debería dejar de serlo en una cuestión tan trascendente. En la DCV, la cuestión de los plazos de responsabilidad del vendedor de bienes «simples» refleja cierta continuidad con la anterior regulación de la compraventa en la Directiva 99/44, pero el trasplante de ese mismo esquema a los bienes con elementos digitales ha dado lugar a soluciones de compromiso poco convincentes. Ciertamente, no tiene sentido imponer un plazo de responsabilidad al suministrador de contenidos digitales si resulta que la prestación no se deteriora por el uso[70]. Semejante regla solo se explica ante la necesidad de mantener un equilibrio en la posición de las partes contratantes, pero no es un argumento convincente a la vista de la dificultad a la que se enfrenta el consumidor a la hora de probar la falta de conformidad en cuestiones tan técnicas. Por eso mismo, tampoco se entiende que en tal hipótesis la carga de la prueba del defecto tenga una duración tan limitada y que no se extienda a todo el plazo de garantía legal de dos años.

3.2. ¿Y por qué esos plazos?

En los contratos sobre contenidos digitales, el plazo de dos años tiene en cuenta la modalidad de suministro en un acto único o en actos individuales (*v. gr.* adquisición de una aplicación para el móvil). La responsabilidad del suministrador de elementos digitales incorporados en un bien también dura tanto como la responsabilidad por la falta de conformidad del propio bien, pero eso es así aunque el período de suministro continuado de los elementos digitales sea sensiblemente inferior (art. 10.2 DCV). En ese caso, la responsabilidad no se ciñe al plazo de suministro, sino que va más allá

70. Zoll, Art. 11 DCD, en Schulze – Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 210.

y se mantiene incluso tras la extinción del contrato. Se entiende que sea así, por el deseo de mantener la utilidad del bien. Sin embargo, esa solución contrasta con la responsabilidad del empresario cuando los elementos digitales no están incorporados en un bien, que no dura más que el propio suministro por las faltas de conformidad que se produzcan o manifiesten entonces (art. 11.3 DCD).

Por supuesto, una objeción mayor es que, puestos a no prescindir de un plazo de responsabilidad del vendedor, no se haya establecido este en función de la duración prevista para cada tipo de bien. Sorprende que sea así, teniendo en cuenta que tanto la durabilidad como la necesidad de proporcionar actualizaciones son criterios objetivos de conformidad. ¿Tiene sentido que el adquirente de un bien inteligente tenga una expectativa de recibir aquellas durante de 10 a 15 años y que, en cambio, el bien deje de estar legalmente garantizado a partir del segundo año? Adicionalmente, al tratarse de directivas de máxima armonización, el legislador nacional no podría transformar aquellas expectativas razonables en un plazo concreto sin incurrir en el riesgo a realizar una transposición incorrecta[71].

3.3. Los plazos de garantía y de prescripción interactúan de forma distinta en ambas directivas

Es favorable para el consumidor poder reclamar al suministrador una vez extinguido el contrato de suministro continuado de elementos digitales por defectos que se producen mientras dura aquel, pero se manifiestan después, esto es, tardíamente. Sin embargo, ambas directivas proporcionan soluciones distintas cuando las medidas correctoras están sujetas a un plazo de prescripción. Efectivamente, de acuerdo con el art. 11.3 II DCD la prescripción de las medidas correctoras establecidas en el artículo 14 DCD se refiere a las faltas de conformidad que se *produzcan o se manifiesten* a lo largo del período durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato. Sin embargo, cuando el art. 10.5 DCV alude al plazo de prescripción de las medidas correctoras, únicamente contempla plazos de prescripción para faltas de conformidad que se *manifiesten* dentro de los plazos indicado en el art. 10.2 DCV. En la hipótesis de suministro continuado de elementos digitales incorporados en bienes, esto significa que el plazo de prescripción permite limitar la responsabilidad del vendedor en

71. Bach, I., «Neue Richlinien zum Verbrauchgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über Digital Inhalte», NJW, 2019, 24, p. 1711.

caso de falta de conformidad, cosa que no sucede cuando los contenidos o servicios digitales (no incorporados en bienes) deben suministrarse de forma continuada con arreglo al contrato.

3.4. Expectativas razonables, en lugar de plazos

El legislador europeo no precisa el período de tiempo durante el cual cabe esperar que se faciliten actualizaciones de los contenidos digitales suministrados al comprar el bien o los programas informáticos que el consumidor adquiera. Tampoco se obliga al vendedor o empresario a informar sobre una duración concreta. Todo se abandona a las expectativas razonables del consumidor, aunque ello sea contrario a la seguridad jurídica y dependa en exceso de lo que acaben decidiendo los jueces nacionales[72].

V. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS E N LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES

La explicación que sigue tiene por objeto el análisis de la transposición de las DCD y DCV en el Derecho español, esto es, en el TRLGDCU y en el CC Cat, sin perjuicio de referencias ocasionales a otros ordenamientos jurídicos.

1. LA DISTINCIÓN ENTRE PLAZOS DE GARANTÍA LEGAL Y PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

El plazo de garantía legal indica el tiempo durante el cual el vendedor o empresario responde de las faltas de conformidad («*Haftungsdauer*»). El vendedor o empresario deja de ser responsable transcurrido ese plazo o, si se prefiere, la falta de conformidad ya no es el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor[73]. El plazo de prescripción es el que tiene el comprador (consumidor, en las directivas) para reclamar frente a su contraparte en el contrato y hacer efectiva la pretensión nacida durante dicho plazo de responsabilidad («*Gewährleistungsanspruch*»). En realidad, el plazo es de prescripción si lo que ejerce el consumidor es una pretensión (al cum-

72. Así, Torrelles Torrea, E., «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», CDT, 2023, 1, p. 859; en general, pp. 862, sobre el concepto de expectativas razonables. *Vid.* todavía infra epígrafe V. 7.1 a propósito de las actualizaciones.

73. Badosa, «El elemento temporal», p. 134.

plimiento), o de caducidad, si ejerce una acción, poder de configuración o derecho potestativo (*v. gr.* a la resolución), aunque las directivas no realizan esta diferencia y también entre nosotros es fácil omitir la precisión, quizás porque el CC no regula la caducidad, ni el TR-LGDCU la reconoce[74].

El único plazo genuinamente europeo es el de garantía/responsabilidad. Tanto en la legislación estatal como en la catalana el plazo de responsabilidad del vendedor y del empresario suministrador de contenidos y servicios digitales se distingue y regula separadamente del de prescripción o caducidad de las pretensiones o acciones del comprador. El plazo de garantía a veces también se ha querido cualificar como plazo de caducidad, o como plazo preclusivo, [75] según el acento se haya querido poner en que la expiración del plazo imposibilita la reclamación[76], o en que los efectos de su transcurso son la automática extinción de la responsabilidad del vendedor. [77]

2. ¿DURANTE CUÁNTO TIEMPO RESPONDE EL VENDEDOR/ PROVEEDOR?

2.1. Bienes con elementos digitales

Según la regulación europea de la falta de conformidad en el contrato de compraventa (DCV), el vendedor responde de la falta de conformidad que se manifieste en el plazo de dos años desde la entrega; es así incluso si se trata de bienes que incorporan elementos digitales (art. 10.1 DCV). En cualquier

74. Por el contrario, *vid.* EM III (5) L. 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Llei del Codi civil de Catalunya y arts. 122-1 a 5 CC Cat. Para su estudio, Bosch Capdevila, Esteve, Arts. 122-1 a 122-5, en Vaquer Aloy, A. - Lamarca i Marquès, A. (dirs), *Comentaris al Llibre I del Codi Civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 632-676. En el contexto de la legislación estatal, Cañizares Laso, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001. *Vid.* también arts. 620-1 a 4 de la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018. A propósito de la regulación de la prescripción (o caducidad) de los remedios ante la falta de conformidad, *vid. infra* epígrafe 9.

75. Ilustra el debate doctrinal, Marín López, Art. 123 TR-LGDCU, en Bercovitz (Dir.), *Comentario*, p. 1778, nota 4.

76. SAP Segovia, de 9 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2112). Antes, Evangelio Llorca, R., «La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», RCDI, 2002, 672, pp. 1301-1366 (consulta a través de Vlex p. 15-16).

77. Así, Torrelles Torrea, E., Art. 123 TR-LGDCU, en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1113.

caso, los Estados pueden mantener o adoptar plazos que vayan más allá de los dos años (art. 10.3 DCV). Ello evidencia un efecto armonizador limitado que, como ya se ha indicado, trata de contentar a los Estados miembros cuyos ordenamientos jurídicos, habían establecido plazos más largos, bajo el régimen de la Directiva 99/44, a propósito de la venta de bienes «simples». Con todo, hay que hacer notar que el art. 10.3 DCV no solo permite a los Estados miembros «mantener» los plazos más largos que estos Estados miembros ya tuvieran, sino que les permite también alargarlos *ex novo*. La regulación española y catalana forman parte de la minoría de ordenamientos que han optado por incorporar un plazo de responsabilidad del vendedor superior al previsto en la DCV. Otros países que introducen ese plazo son Portugal y Suecia. Un plazo uniforme no tiene debidamente en cuenta la necesidad de adaptar el plazo de responsabilidad del vendedor al de durabilidad de los bienes, que es un criterio de conformidad objetivo (arts. 2.13, 7.1 d) DCV). En España, se da la circunstancia, además, de que el art. 127 *bis* TR-LGDCU incluye la obligación de suministrar piezas de recambio durante 10 años, sin que eso se vincule al período de responsabilidad del vendedor, ni a la durabilidad del bien, ni tenga en cuenta la existencia de otros plazos para determinados bienes según la legislación europea de preferente aplicación en materia de ecodiseño[78]. Otros ordenamientos sí que han tenido debidamente en cuenta la distinta naturaleza de los bienes a la hora de regular el plazo de responsabilidad del vendedor de bienes inteligentes: Portugal o Rumanía, por ejemplo[79].

El art. 10.2 DCV permite reclamar frente al vendedor, aunque el contrato de suministro ya se haya extinguido y, en particular, siempre que el suministro continuado de elementos digitales insertados en bienes dure un año pero el plazo de garantía se extienda a dos años o más. La razón de que el vendedor responda por la falta de conformidad del contenido digital, incluso en la hipótesis de que ya se haya extinguido el contrato de suministro antes del transcurso del plazo de garantía, que tanto en el TR-LGDCU como en el CC Cat, es de tres años, se explica para no hacer a estos bienes de peor condición que a los simples o convencionales, respecto de los cuales el vendedor siempre responde durante tres años (salvo que se

78. *Vid.* la crítica de Avilés García, J., «El nuevo derecho a la reparación de bienes de consumo en los Servicios técnicos postventa de una economía circular», *Diario LaLey*, 2 de julio de 2021, pp. 1-9.

79. En Portugal, *cfr.* art. 21.2 Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 outubro. En Rumanía, *vid.* Goicovici, J., «Romania», en De Franceschi- Schulze (eds.), *Harmonizing Contract Law*, p. 574.

trate de bienes de segunda mano). Por consiguiente, las cosas se sucedan como si la falta de conformidad (del elemento digital) fuera una falta de conformidad del bien (art. 120.2 TR-LGDCU; art. 621-23.2 CC Cat)[80]. Por el contrario, parte de la doctrina española defiende que eso demuestra que el contenido digital incorporado en bienes necesariamente debe tener un plazo de suministro mínimo que debe ser igual al plazo de garantía legal del bien, es decir, que no cabrían pactos que establecieran un suministro inferior[81]. No está claro que eso deba ser así y, en todo caso, en Cataluña cabe defender una interpretación distinta, puesto que (a otros efectos que ahora no interesan) el art. 621-20.6 b) CC Cat diferencia expresamente entre contratos que tengan un suministro superior o inferior a tres años. Por otra parte, del mismo modo que se comunica a los elementos digitales el mayor plazo de garantía del bien, no se ve por qué no debería ampliarse al bien ese mayor plazo de responsabilidad por los contenidos digitales cuando el suministro durase más de tres años. No lo prevén ni el legislador estatal ni el catalán, pero hubiera sido perfectamente posible al amparo del art. 10.3 DCV[82]. Eso sin perjuicio, claro está, de que la presunción de preexistencia del defecto en el momento de la entrega solo es factible cuando la falta de conformidad manifestada durante el período de suministro del contenido digital afecta exclusivamente al elemento material[83].

Si en los bienes inteligentes los contenidos digitales son de suministro continuado a lo largo de más de dos años, entonces se admite que el vendedor responda por todo el defecto que se produzca o manifieste a lo largo de ese período, esto es, el plazo de duración del contrato (art. 10.2 DCV). A propósito de la falta de conformidad de los bienes, hay que tener en cuenta que se «manifiesta» un defecto inicial, que se presume que existe en el momento de la entrega, y que, por el contrario, la expresión «que se produzca», indica que el defecto se origina en un momento distinto, posterior en todo caso a la entrega[84]. Ahora bien, si sólo es necesario que el defecto (en general, falta

80. *Cfr.* a propósito del art. 621-23.2 CC Cat, Arnau Raventós, L., «Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en Arnau Raventós, L. (ed.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 73.

81. González Pacanowska, «El contrato», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, p. 325.

82. Arnau Raventós, «Productos digitales», p. 73.

83. Arnau Raventós, «Productos digitales», pp. 73-74.

84. Gsell, Beate - Araldi, Rodrigo, «Plazos de las medites correctores en caso de viciós ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes», CDT, 2020, 2, p. 484.

de conformidad) se origine o produzca durante el plazo de responsabilidad de dos o más años, la conclusión es que, producido entonces, se puede manifestar más tarde, y la DCV no establece cuándo debería manifestarse, lo cual podría querer decir que en tal caso no existe límite para la responsabilidad del vendedor. No es una solución razonable mantener durante tanto tiempo esa responsabilidad, quizás mucho más allá del momento en que se extingue el contrato, ni se entiende por qué es necesario introducir esta diferencia respecto del vendedor que sólo ejecuta un acto o actos individuales de suministro[85]. Otra cosa es que en los derechos nacionales la prescripción pueda limitar ese efecto (ex art. 10.4 y 5 DCV)[86]. En Cataluña, el vendedor solo responde por la falta de conformidad que se manifieste a lo largo de ese plazo, es decir, se prescinde de que, producida dentro de plazo, la falta de conformidad se manifieste después (*v. gr.* aplicación para el smartphone de la que solo al cabo del tiempo el consumidor se entera por la prensa de que la misma era defectuosa), tal y como, por el contrario, literalmente prevé el art. 10.2 DCV. La razón de que la legislación catalana limite de ese modo la responsabilidad del vendedor tiene su origen en la lectura correctora que el legislador ha hecho del art. 10.2 DCV, a la vista de lo dispuesto en el art. 10.4 y 5 DCV, que solo permiten al consumidor ejercer remedios por faltas de conformidad manifestadas dentro del plazo. Por el contrario, el art. 124 TR-LGDCU fija el *dies a quo* de la prescripción con la manifestación de la falta de conformidad, pero literalmente eso no impide reclamar por las que no se manifestaron durante el período de tiempo en que debe hacerse efectiva la responsabilidad del vendedor.

2.2. Contenidos/servicios digitales no incorporados en bienes

El art. 11.2 I DCD adopta una regulación ligeramente distinta a propósito de los contratos de contenidos o servicios digitales que, sin estar incorporados en bienes (y, a estos efectos, no cuenta el suporte material, Cdo 20, art. 3.3. DCD) se suministran en un único acto o en una serie de actos individuales. La norma no establece un plazo de responsabilidad, pero permite a los Estados Miembros imponerlo, con la condición de que no sea inferior a dos años a partir de cada acto de entrega (art. 11.2 II DCD). Ese es, precisamente, el plazo que prevén tanto el art. 120.1 TR-LGDCU como el art. 621-73.2 CC Cat. Con la imposición de un plazo se trata de evitar poder reclamar eternamente al empresario, pero es una solución que casa

85. Gsell-Araldi, «Plazos de las medidas», p. 485.

86. *Vid. infra* epígrafe 9.4.

mal con la idea de que los contenidos digitales no se desperdician o malgastan con el uso y tampoco se aviene con la idea de que el uso puede no ser indefinido, exactamente igual que si fuera un suministro continuo que, por el contrario, se rige por otras reglas. Efectivamente, la protección que en ese caso se dispensa al consumidor no resiste la comparación con la que se le otorga (en Cataluña, a cualquier comprador) en la hipótesis de suministro digital continuado, ya que entonces puede exigir responsabilidad en cualquier momento mientras dure el suministro (art. 11.3 DCD, art. 120.2 TR-LGDCU, art. 621-74.1 CC Cat), es decir, aunque la falta de conformidad aparezca al inicio del contrato y, por supuesto, aunque el contrato tenga una duración superior a los dos años. Qué duda cabe de que esta última es la única solución imaginable cuando existe un suministro continuado, porque si en tal caso se impusiera un plazo que debiera iniciarse en un momento concreto, se podría llegar al resultado de que un período de garantía que comenzara con la conclusión del contrato, o el momento del suministro, podría expirar antes del propio período en el que se debiera la prestación. Por otro lado, un plazo que se extienda más allá de este período no permite restablecer la conformidad si el consumidor ya no tiene derecho al suministro[87]. Si estas premisas son ciertas, no parecen muy justificadas las diferencias con la responsabilidad del vendedor de bienes que incorporan o están interconectados con elementos digitales de suministro continuado: mientras que este último responde siempre por un período mínimo de tres años (art. 120.3 TR-LGDCU; art. 621-23.2 CC Cat), la responsabilidad del suministrador de elementos digitales continuados puede ser sensiblemente inferior si resulta que el contrato dura menos.

Con todo, es clave la idea de que la falta de conformidad puede producirse o manifestarse a lo largo del período de suministro (art. 11.3 DCD; antes, art. 8.4 DCD), porque eso explica que la falta de conformidad producida durante el plazo de responsabilidad, también se pueda manifestar después, una vez extinguido el contrato y cuando ya no se debe prestación alguna. El CC Cat sigue esta vez al pie de la letra el art. 11.3 II DCD, que también permite al consumidor ejercer remedios por faltas de conformidad producidas, pero no manifestadas, dentro del plazo a lo largo del cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato (art. 621-74.2 CC Cat). Por consiguiente, aunque no se pudiera exigir ya la puesta en conformidad ni tampoco la resolución del contrato, todavía debería ser posible exigir una rebaja del precio o la indemnización de daños.

87. Staudenmayer, D, «Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte», NJW, 2019, 35, p. 2500.

3. LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE RESPONSABILIDAD

La posibilidad de que durante el período de reparación o sustitución de los bienes se suspendiera el plazo de responsabilidad del vendedor, tal y como había sugerido el Parlamento europeo, no fue finalmente incorporada en el articulado de la DCV. Con todo, la idea resurge el Cdo 44 DCV que, después de señalar que el legislador europeo no se ocupa de esta materia, añade que corresponde a los Estados miembros determinar las condiciones en que el período de responsabilidad puede suspenderse o interrumpirse. Ello no incluye solo la determinación de las causas, sino también la regulación de la posibilidad de que el plazo de responsabilidad empiece a contar de nuevo para los componentes y los bienes que el consumidor reciba en sustitución de los bienes defectuosos.

El legislador estatal aborda la regulación de la suspensión del plazo en el art. 122.1 TR-LGDCU y el catalán hace lo propio en el art. 621-23.5 CC Cat.

3.1. Las limitadas causas de suspensión

Tanto el art. 122.1 TR-LGDCU como el art. 621-23.5 CC Cat contemplan únicamente la suspensión del plazo de responsabilidad del vendedor en la hipótesis de que el consumidor ejerza la pretensión al cumplimiento del contrato, esto es, cuando solicite la reparación o la sustitución, que es lo que normalmente sucede también en otros Estados miembros, como Portugal[88] o la República Checa[89]. Ni esas ni otras normas tienen en cuenta otras circunstancias que bien podrían haber producido el mismo efecto suspensivo, como, por ejemplo, las negociaciones entre las partes con el fin de llegar a un acuerdo amistoso, a las que expresamente se refiere el citado Cdo 44 DCV. Bélgica[90], Francia[91], o Chipre[92], en cambio, la añaden a las anteriores. Por el contrario, en Malta esa es la única causa de suspensión[93]. En otros países, esa causa solo se predica de la prescripción, a la que el Cdo 44 DCV también se refiere (*v. gr.* Portugal)[94].

88. Art. 12.4 DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro.
89. Simon, Rita – Hrádek, Jiří, «Czech Republic», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing*, p. 186.
90. Art. 1701/8 (2) III y (3) III Code civil belge.
91. Arts. L 217- 28. 3 y L 224-25-28.3 Code de la Consommation.
92. Markou, «Cyprus», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing*, p. 155.
93. Article 78.2 Consumer Affairs Act.
94. Art. 17.2 (b) DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

3.2. La generalización a todo tipo de contratos

La DCD guarda silencio sobre la posible suspensión del plazo de responsabilidad en los negocios de adquisición o cesión de uso de contenidos y servicios digitales y el art. 122.1 TR-LGDCU no aclara si el contenido o servicio digital al que su supuesto de hecho se refiere es el que se incorpora en el bien o si, por el contrario, es el suministrado por el proveedor en un contrato distinto al de compraventa de aquel[95]. Cabe entender que incluye ambas hipótesis[96], y que esto es correcto porque nada permite afirmar que la no regulación en la DCD de la suspensión del plazo por el legislador europeo equivale a una prohibición a hacerlo por parte del nacional; todo lo contrario, de acuerdo con el art. 11.2 DCD, es posible la alteración de los plazos de garantía allí previstos en beneficio del consumidor y la suspensión podría tener el efecto de su alargamiento[97]. Aunque, propiamente, los contenidos o servicios digitales no puedan «repararse» es imaginable el supuesto en que el consumidor pueda verse privado de ellos mientras no obtenga la actualización que debe permitir restablecer el sistema operativo, por ejemplo.

En el CC Cat, la suspensión se regula en el art. 621-23.5, que solo se refiere a la compraventa de bienes (con o sin elementos digitales) pero aquella se dará igualmente en el suministro de elementos digitales, por lo menos siempre que estos se adquieran en virtud de actos individuales de entrega, en virtud de la remisión del art. 621-67.2 CC Cat a las normas sobre compraventa.

---

95. El mismo problema plantea el art. 123.2 TR-LGDCU, por ejemplo. Para la crítica, a propósito de la utilización de la palabra «bienes» en las normas derivadas de la transposición de ambas directivas, Arroyo Amayuelas, E. «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor»), *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2022, 41, p. 15.

96. Igualmente, Arnau Raventós, L., «La garantia de la reparació o la substitució del bé no conforme: de cara a una revisió de l'art. 621-23.4 CC Cat», en Badosa Coll, F. (Dir.), *Estudis de Dret Català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell Abancó*, Atelier, Barcelona, pp. 214-215; Mesa Marrero, C., Art. 122 TR-LGDCU, en Cañizares Laso, Ana (Dir.) *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1795.

97. Menos asertivo, Cámara Lapuente, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, n.º 9881, Sección Tribuna, 29 de Junio de 2021, p. 16 y p. 30, nota 40. Para la equiparación con la compraventa, en la legislación belga, Keirsbilck, B. – Terryn, E., «Belgium», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing*, p. 80.

3.3. El plazo suspendido por la puesta en conformidad ¿desde cuándo y hasta cuándo?

El art. 122.1 TR-LGDCU indica que el período de suspensión comienza en el momento en que el consumidor pone el bien o el contenido o servicio digital a disposición del empresario y que este concluye con la devolución de la prestación ya conforme, aunque habría que precisar que el *dies ad quem* también debería tener en cuenta la eventual constatación de que ni la reparación ni la sustitución son posibles (arg. *ex art*. 621-44.4 CC Cat). Aunque no es necesario que el resto de remedios se ejerza dentro del plazo de garantía, una vez denunciada ya la falta de conformidad tempestivamente y por primera vez, saber cuándo finaliza la suspensión, si la reparación o la sustitución no son posibles, permite establecer el *dies a quo* del plazo de prescripción o caducidad para el ejercicio de los otros remedios.

La suspensión del plazo exige la entrega o puesta a disposición del bien para su reparación o sustitución por parte del vendedor, pero cuando se trate de subsanar el contenido o servicio digital, probablemente bastará con que el consumidor permita al vendedor o empresario acceder a su entorno digital y, probablemente también, eso será posible por vía remota desde su establecimiento, tanto si se adquieren contenidos digitales como bienes que los incorporan, si que la falta de conformidad afectara al elemento digital insertado en el bien[98].

3.4. Los efectos de la suspensión

Se suspende el plazo de garantía mientras el consumidor no puede poseer el bien o utilizar los contenidos o servicios digitales, de manera que el tiempo que inexorablemente transcurre se añade al final del período legal

98. Cdo 31 DCV: «Además, los bienes con elementos digitales, contrariamente a los tradicionales, no son totalmente independientes del entorno del vendedor porque este, o un tercero que suministre los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato de compraventa, puede actualizarlos a distancia, normalmente a través de internet». En esa línea, Arnau Raventós, «Productos digitales», p. 75: «[N]o puede desconocerse que, tratándose de bienes con elementos digitales, la corrección de la falta de conformidad del componente digital no siempre precisará de la puesta a disposición del componente material». Otra cosa es que luego no resulte aplicable la cautela del art. 121.5 TR-LGDCU a la venta de bienes con elementos digitales, a propósito de la negativa del consumidor a colaborar con el vendedor, con el fin de que este pueda demostrar que el entorno digital del consumidor no era compatible con el dispositivo. Sobre el particular, *vid. infra* nota 127.

de responsabilidad (posposición) o, si se prefiere, se retoma el cómputo en el momento en que había quedado jurídicamente detenido cuando la prestación vuelve a ser conforme[99]. Entre nosotros no se ha optado por una regla como la alemana, según la cual el plazo de responsabilidad empieza a correr de nuevo una vez transcurridos dos meses después de la devolución de los bienes al consumidor con el fin de dejar tiempo suficiente al consumidor para inspeccionarlos (§ 475 e [4] BGB)[100].

En el suministro continuado de elementos digitales, el alargamiento del plazo de responsabilidad como consecuencia de la suspensión no tendría sentido porque, por definición, la responsabilidad del empresario dura tanto como el propio suministro[101]. Ciertamente, es imposible que un plazo adicional se produzcan nuevas faltas de conformidad, porque el contrato ya se ha extinguido. No es necesario tampoco para dar la oportunidad de que se manifiesten faltas de conformidad preexistentes porque el consumidor podría reclamar igualmente por el hecho de haberse producido antes. Por eso carece de sentido la aplicación del art. 122.3 TR-LGDCU en tal hipótesis. Este precepto proporciona un año de garantía adicional solo si vuelve a aparecer la misma falta de conformidad al final del plazo de garantía ordinario (*idem*, art. 621-23.3 CC Cat). Si, por el contrario, esta se manifiesta al principio o cuando todavía queda un año o dos de garantía, en lo único que el precepto favorece al consumidor es en el establecimiento de la presunción de que la nueva falta de conformidad que aparezca con posterioridad es la misma cuando se reproduzcan defectos del mismo origen[102]. Con todo, la utilidad de semejante previsión es de difícil apreciación, toda vez que para poder

99. Entienden que el plazo se suspende y reanuda, Mesa Marrero, Art. 122 TR-LGDCU, en Cañizares (ed.), *Comentarios*, pp. 1797, 1798; Sánchez Lería, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», InDret, 2021, 4, p. 79.

100. Staudinger, A. – Artz, M., *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte. Einführung in das neue Recht*, Beck, München, 2022, p. 107; Schulze, «Germany», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing,* p. 296.

101. Arnau Raventós, «La garantia de la reparació», p. 215.

102. Arnau Raventós, «La garantia de la reparació», p. 215. En el mismo sentido, a propósito del art. 621-23.5 CC Cat, Arnau Raventós, «Productos digitales», p. 76, nota 66. En el contexto del TR-LGDCU, también destaca correctamente la posible extensión del plazo de garantía legal si la falta de conformidad apareciese cuando quedase menos de un año de garantía, Álvarez Moreno, M.ª T., «Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», en Arnau Raventós (ed.), *La digitalización*, p. 141. Sin embargo, pese a la literalidad de la norma, la autora prefiere limitar ese efecto al caso de que el remedio ejercido sea la reparación.

exigir la resolución del contrato o la rebaja del precio no es indispensable que se repita la misma falta de conformidad. Efectivamente, y sin perjuicio de que las circunstancias del caso concreto aconsejaran una solución distinta (Cdo 52 DCV), de acuerdo con el art. 119.4 d) TR-LGDCU, bastaría con que apareciese cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad. Por lo demás, es posible que el art. 119 d) TR-LGDCU se exprese mucho mejor que la versión española de los art. 14.4 c) DCD y 13.4 b) DCV. Efectivamente, mientras que ambas directivas aluden a la «subsistencia» de la falta de conformidad y con esa expresión dan a entender que se manifiesta el mismo defecto preexistente, el art. 119 d) TR-LGDCU sugiere que la falta de conformidad también puede ser distinta, nueva, que es algo mucho más conforme con otras versiones lingüísticas de ambas directivas («*eine Vertragswidrigkeit tritt auf*», «*a lack of conformity appears*», «*un défaut de conformité apparait*», «*risulta/si manifesta un difetto di conformità*», «*verifica-se uma falta de conformidade*»)[103].

Para algunos autores tendría sentido que la puesta en conformidad reiniciara el plazo de garantía legal, sobre todo desde el punto de vista de la sostenibilidad[104]. Otros señalan los posibles efectos contraproducentes desde el punto de vista de los costes para las empresas[105].

La suspensión del plazo comporta la de la presunción, que es algo que el art. 122.1 TR-LGDCU remarca expresamente y que, en Cataluña, puede deducirse de la remisión en bloque del art. 621-24.2 al art. 621-23 CC Cat[106].

El CC Cat también suspende los plazos de prescripción de los remedios (art. 621-44.4 CC Cat) aunque la lógica llevaría a pensar que esta debería

---

103. Como en el texto, Gsell, B., Art. 14 DCD, en Schulze – Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 260; Castilla Barea, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 233-234, nota 138. De opinión contraria, García-Ripoll Montijano, M., «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, p. 233.

104. Barber Cárcamo, R., «Garantías en las ventas de consumo y economía circular», RDC, 2022, 9-2, pp. 173, 174-175.

105. Augenhofer, S., «European Commission's Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Public Institute», Vienna, [pp. 1-18], p. 10. Disponible en: *https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Sustainable_Consumption_of_Goods.pdf*

106. *Vid.* Arnau Raventós, «Productos digitales», p. 76. Sobre la presunción, *infra* epígrafe 6.

considerarse interrumpida, por lo menos cuando esos remedios adopten la forma de pretensiones (art. 121-11 c), 121-12 a) CC Cat)[107].

4. PACTOS SOBRE EL ALARGAMIENTO O ACORTAMIENTO DEL PLAZO

Nada impide que el plazo de dos/tres años de responsabilidad del vendedor o empresario pueda ampliarse si los contratantes así lo pactan expresamente, si eso mismo resulta del contrato en virtud de la publicidad asociada, o si así se hubiera previsto en la garantía comercial. Ahora bien, puesto que en este tipo de contratos el plazo de responsabilidad tiene carácter imperativo en beneficio del consumidor[108], a este no le vincularían las condiciones generales o cláusulas no negociadas que lo redujeran (art. 21.2 DCV, art. 22.2 DCD; Anexo b Directiva 93/13/CE; art. 82.4 b) y art. 86.1 II TR-LGDCU). De acuerdo con el art. 621-2.2 CC Cat se trataría de una cláusula ineficaz.

El art. 10.6 DCV permite un trato diferente para los bienes de segunda mano en contratos con consumidores y, en particular, en lo que concierne a la posibilidad de pactar un plazo de responsabilidad inferior, siempre que este sea por lo menos de un año. Por consiguiente, podría ser de un año y medio, tal y como ha previsto el derecho portugués para los bienes de segunda mano que no hayan sido previamente reacondicionados[109]. Esa reducción del plazo no hubiera sido posible en virtud de la autonomía privada, si el legislador nacional no lo hubiera permitido expresamente. De acuerdo con el Cdo 43 DCV, parece que dejar esta cuestión en manos de las partes garantiza la libertad de contratación y además asegura que el consumidor será informado, no solo de que el bien es de segunda mano, sino también de la propia reducción del plazo. No hay margen que permita al legislador nacional promulgar una norma que contemple de entrada la rebaja del plazo, pues eso supondría desatender el mínimo

107. Al amparo del TR-LGDCU, que solo se refiere a la prescripción, Mesa Marrero, Art. 124 TR-LGDCU, en Cañizares (Dir.), *Comentarios*, p. 1814. El matiz de que en Cataluña los poderes de configuración jurídica que caducan (reducción del precio y resolución del contrato) solo pueden suspenderse (art. 122-1 CC Cat), lo introducen Arnau Raventós, Lidia – Gramunt Fombuena, Mariló, «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», ADC, 2023, I, p. 110.

108. STJUE C-133/16, de 13 de juliol de 2017, *Ferenschild* (§§ 39, 46).

109. Art. 12(3) Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 outubro.

de dos años, que en la DCV tiene carácter semi-imperativo para todo tipo de bienes[110].

Tanto el legislador estatal (art. 120.1 II TR-LGDCU) como el catalán (art. 621-23.4 CC Cat) han previsto expresamente el supuesto y, correctamente, han ceñido la posible reducción del plazo a lo eventualmente dispuesto en el acuerdo contractual. El Derecho catalán es más completo porque prevé que el cómputo no solo pueda iniciarse desde la entrega, sino también desde la completa instalación, supuesto que también los bienes usados pueden necesitarla (*v. gr*. coche de segunda mano en el que se instala un navegador).

De acuerdo con el art. 121.1 II TR-LGDCU, los contratantes pueden pactar la reducción del plazo de presunción y seguramente habrá que entender que ese es un pacto implícito cuando ya hayan acordado expresamente la limitación a un año del plazo de responsabilidad del vendedor. De otro modo, la regla general en virtud de la cual la presunción dura dos años (art. 121.1 TR-LGDCU) no tendría sentido, puesto que acabaría siendo más largo que el propio plazo de responsabilidad que, recuérdese, por pacto se limita a un (mínimo de un) año. Sería perfectamente posible, sin embargo, no acordar la reducción del plazo de responsabilidad, pero sí el de la presunción. Con todo, en Cataluña no hay pacto posible sobre este extremo y es la ley la que establece siempre la presunción de un año, de acuerdo con la opción mínima que impone el art. 11.1 y 2 DCV[111].

5. EL MOMENTO EN QUE SE DEBE APRECIAR LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS BIENES CON CONTENIDOS DIGITALES

No existen reglas específicas sobre el momento en que se debe apreciar la falta de conformidad cuando se suministren bienes con contenidos digitales, pero, de acuerdo con el art. 10.1 DCV, cuando la falta de conformidad se manifiesta dentro del período legal, se presume que esta ya existía en el momento de la entrega y eso se aplica también a los bienes con elementos digitales. Rige, pues, el mismo *dies a quo*. Que dicho art. 10.1 DCV se refiere a los bienes con elementos digitales que implican uno o varios actos únicos

110. De otro parecer, Castilla Barea, *La nueva regulación*, pp. 176-177.

111. Castilla Barea, *La nueva regulación*, p. 343, estima que esa debería ser la lectura que debería hacerse también de la norma estatal, porque no tiene sentido que, si la norma no obliga en los bienes nuevos a presumir el carácter originario de los defectos durante todo el tiempo que dura la responsabilidad del vendedor, sí que lo haga en el caso de los bienes usados.

de entrega, se deduce de la lectura sistemática y conjunta con el párrafo siguiente. Por el contrario, según el art. 10.2 DCV, cuando el bien incorpora contenido o servicios digitales de suministro continuado y la falta de conformidad se refiere al elemento digital, no es preciso que la falta de conformidad preexista en el momento de la entrega. En tal hipótesis, basta con que la misma tenga lugar o se manifieste en algún momento a lo largo del plazo de suministro, u otro plazo superior, con un mínimo de dos años (ampliable por los Estados miembros, art. 10.3 DCV).

5.1. La entrega del bien y la accesibilidad de los contenidos

La DCV no establece qué debe entenderse por entrega y, por consiguiente, su definición corresponde a los Estados miembros, de acuerdo, en su caso, con las normas previstas en la Directiva 2011/83. El art. 123 TR-LGDCU parte de la idea de que la factura o tique de compra o el albarán de entrega correspondiente, si este fuera posterior, prueban que el vendedor ha cumplido con su obligación de entrega. Sin embargo, tal y como precisa el Cdo 39 DCV, cuando se contratan bienes con elementos digitales, la entrega no debe entenderse producida hasta que no se suministra el contenido digital, supuesto que esta sea posterior a aquel momento:

> «Debe considerarse que los bienes con elementos digitales han sido entregados al consumidor cuando se haya entregado el componente físico de los bienes y además se haya producido el acto único de suministro de los contenidos o servicios digitales o bien haya comenzado el suministro continuo durante un período de tiempo de contenidos o servicios digitales […] Por lo tanto, cuando el componente físico haya sido entregado con anterioridad, el momento pertinente para establecer la conformidad debe ser aquel en que se suministren los contenidos o servicios digitales».

La importancia de ese Considerando no es solo que determina cuándo debe entenderse producida la entrega, sino que también establece expresamente que la falta de provisión del elemento digital que debe incorporarse o interconectarse con el bien no constituye una falta de conformidad y, por consiguiente, no permite al comprador activar sus derechos y pretensiones frente al vendedor por razón de la entrega de un bien defectuoso[112].

El legislador estatal no precisa que cuando el bien haya sido entregado antes que el suministro de los contenidos o servicios digitales, la entrega

112. Sin embargo, *vid*. Staudinger– Artz, *Neues Kaufrecht*, p. 71.

debe entenderse producida más tarde[113]. Sí que lo hace, por el contrario, el legislador catalán, que en el art. 621-10.1 CC Cat establece como momento determinante, posterior al de la entrega del bien, aquel en que los elementos digitales son accesibles. Luego, tanto el art. 66 *bis* 1 TR-LGDCU como el art. 621-69.2 CC Cat dejan ver que «puesta a disposición» y «accesibilidad» de los elementos digitales son expresiones sinónimas, aunque esta última no se predica solo de los contenidos digitales, sino también de las instalaciones que permiten llegar a ellos[114]. En esto la regla concuerda con el antes citado Cdo 39 DCV, que entiende que se produce la puesta a disposición del contenido digital cuando el vendedor se lo proporciona al consumidor (*v. gr*. le instala el *software* en el ordenador o le proporciona la *app*), pero también cuando le facilita cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos (*v. gr.* página web o portal online) y, en tal caso, sin necesidad de realizar ninguna otra acción por su parte para que pueda utilizarlos con arreglo al contrato. Eso mismo destaca luego el Cdo 41 DCD. De acuerdo con el Cdo 39 DCV, el vendedor que solo facilita acceso no tiene la obligación de proporcionar al consumidor un enlace o una opción de descarga.

Sin embargo, el CC Cat no incluye esta última previsión y el juego de los art. 621-10.1 y art. 621-69.2 CC Cat no permite aclarar a quién corresponde realizar la instalación de los elementos digitales. Por otro lado, queda claro en las directivas que los contenidos o servicios también deben ser accesibles para la instalación física (*v. gr*. CD o memoria USB que se envía a la tienda) o virtual (*v. gr*. la nube) que el consumidor haya indicado. Así, el suministrador cumple con su obligación de puesta a disposición cuando hace llegar el contenido digital a la plataforma indicada por el consumidor, porque se entiende que en tal caso la prestación ya ha llegado a su esfera de influencia[115]. Es así, sin perjuicio de que luego el consumidor no pueda acceder a los contenidos o servicios o no inmediatamente porque todavía

113. Omisión detectada y denunciada por la doctrina. Así, Cámara Lapuente, «Un primer balance», pp. 16-17; González Pacanowska, «El contrato», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, pp. 314-315. Para esa y otras deficiencias de la norma, Arroyo Amayuelas, «Entra en vigor», pp. 19-20.

114. Arnau Raventós, L. – Gramunt Fombuena, M., «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», InDret, 2022, 1, p. 201. En la DCD, la distinción aludiria a la diferencia entre «puesta a disposición *permante*» (de contenido digital) y «acceso *limitado*» (a una subscripción de streaming, por ejemplo), según Schulze, R., Art. 5 DCD, en Schulze– Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 104.

115. Sein, K. – Spindler, G., «The New Directive on Contracts or the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», ERCL, 2019, 15-3, p. 277; Schulze, Art. 5 DCD, en Schulze – Staudenmayer (eds.),

es preciso que la plataforma en cuestión le envíe una contraseña o enlace. Si ese fuera el caso, la responsabilidad por imposibilidad o demora en el acceso no sería del empresario suministrador, sino de la instalación. El art. 621-69.2 CC Cat no prevé esta hipótesis porque la expresión «[accesible] para la instalación física o virtual» del art. 5.2 DCD se traduce, en catalán, por «*per a realitzar la instal·lació física o virtual*», lo cual traiciona la razón de ser de la regla original en la directiva y, bien mirado, tampoco tiene mucho sentido, no solo porque es redundante con lo establecido previamente en el mismo art. 621-69.2 CC Cat, sino porque no se alcanza a ver cómo no podría ser virtual la instalación de contenidos digitales. En todo caso, lo correcto es entender que el suministro se produce una vez que el contenido o servicio digital o los medios adecuados para acceder a ellos se han puesto a disposición o son accesibles para el consumidor directamente o mediante una instalación designada por él a tal efecto[116].

5.2. La completa instalación del contenido digital

Tanto el art. 8 b) DCV, a propósito de la integración de los elementos digitales en los bienes, como el art. 9 DCD, en cuanto a la instalación de los elementos digitales que se adquieren separadamente, señalan la existencia de falta de conformidad en caso de integración o instalación incorrecta de los elementos digitales en las condiciones idénticas que prevén los respectivos preceptos. Sin embargo, ninguno de ellos establece en qué momento se inicia el cómputo de los plazos de responsabilidad del vendedor o empresario.

Tal y como correctamente precisa el art. 621-23.1 CC Cat que, en este punto, contrasta con el silencio del TR-LGDCU, debe equipararse a la entrega el momento en que se haya completado la instalación, cuando esta deba ser efectuada por el vendedor, o bajo su responsabilidad, o en el momento en que razonablemente pueda entenderse realizada cuando le corresponda instalarla al consumidor siguiendo sus instrucciones.

La regla de la instalación o integración de los elementos digitales en los bienes (art. 621-21.1 b) CC Cat) debe hacerse extensiva a la instalación en el entorno digital del consumidor (art. 621-72 CC Cat). En ambos casos, una incorrecta instalación o integración puede comportar falta de conformidad si se detectan problemas de interoperabilidad o compatibilidad de los que

---

EU Digital Law, pp. 102-103, donde también se discute cuándo no debe entenderse que ha sido el consumidor quien ha elegido las instalaciones del tercero, *cfr.* Cdo 41 DCD.

116. *Vid.* § 327 *ter* (3) y (4) BGB.

el consumidor no hubiera sido correctamente informado[117]. El art. 621-21.1 b) CC Cat prevé que empiece a contar el plazo de garantía (3 años) a partir del momento en qué razonablemente se podría entender que el consumidor debía haber hecho la instalación en los bienes[118]. Qué deba considerarse razonable no lo dice el legislador catalán, pero, por un lado, el Cdo 24 DCV establece que el criterio de razonabilidad debe ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas; y, por el otro, el art. 621-29.2 CC Cat introduce la exigencia de que el comprador deba indemnizar los daños que cause al vendedor una notificación tardía, que es una norma que cumple la función de incentivar una instalación tempestiva por parte del consumidor.

Ese mismo criterio de la razonabilidad aplicado al momento en que debía entenderse hecha la instalación debería haber regido también para la de los elementos digitales no incorporados en bienes. Por lo menos eso puede deducirse del Cdo 46 DCD, en relación con el art. 8.3 DCD, a propósito de la instalación de actualizaciones por parte del consumidor. Nótese que, por el contrario, el art. 621-73.2 C CCat se refiere *tout court* al plazo de dos años desde la completa instalación, lo cual deja en manos del consumidor establecer cuál es ese momento. De nuevo el art. 621-29.2 CC Cat puede jugar aquí un papel relevante.

6. LA PREEXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

6.1. La presunción y el alcance de la inversión de la carga de la prueba

De acuerdo con los precedentes, el art. 5.3 Directiva 99/44 pretendía salir al paso de las normas tradicionales en materia de prueba en los Estados miembros, según las cuales correspondería al consumidor demostrar que la falta de conformidad del bien con el contrato ya existía en el momento en que recibió el bien. Con todo, en favor del consumidor, el precepto solo introducía una inversión de la carga de la prueba, respecto del momento

117. En cuanto al significado de esas nociones, Cámara Lapuente, S., «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en Santos Morón, M.ª J. – Mato Pacín, N. (dirs), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 283-286.

118. Sobre la razón de ser de la regla, Arnau Raventós, «Productos digitales», pp. 72-73, nota 60; Arnau Raventós – Gramunt Fombuena, «La regulación del contrato», pp. 105-106, nota 64.

de la existencia de la falta de conformidad, durante un breve período de seis meses tras la entrega. Si el defecto se manifiesta tiempo después de la entrega, a veces muchos meses después, es casi imposible que los consumidores puedan probar que el defecto existía en el momento en que recibieron el bien y, por el contrario, es mucho más fácil para el profesional demostrar que la falta de conformidad no existía en aquel momento y que se debió, por ejemplo, a una manipulación indebida por parte del consumidor[119].

Entre nosotros, la doctrina entendió en ocasiones que la regla no eximía al consumidor de tener que probar la falta de conformidad, sin perjuicio de que, una vez probada, entonces operara la presunción de que esta preexistía a la entrega que es, precisamente, lo que el vendedor debía combatir[120]. La jurisprudencia no siempre ha juzgado las cosas así, pero tampoco puede apreciarse una unidad de criterio. A veces ha exigido que fuera la parte demandada (el vendedor) quien debiera probar que el defecto no preexistía y que solo se debía a un mal uso del consumidor, porque así lo imponía la presunción del art. 123 TR-LGDCU[121] y, otras veces, por el contrario, ha exigido al consumidor tener que probar la existencia de los defectos y su concreta naturaleza y entidad, de conformidad con la norma general del art. 217.2 LEC, por entender que el TR-LGDCU no introducía en este aspecto ningún régimen especial[122].

El art. 11.1 DCV no varía la presentación del antiguo art. 5.3 Directiva 99/44, de manera que la presunción solo se refiere al momento en que los bienes no son conformes. Igual que su precedente, no explica si eso excluye

---

119. COM (95) 520 final, Brussels 18.06.1996.

120. Marín López, Art. 123 TR-LGDCU, en Bercovitz (Dir.), *Comentario*, p. 1783 y nota 22.

121. SAP Palencia (Sección 1.ª) de 28 diciembre 2012 (JUR 2013, 54528); SAP Valencia (Sección 7.ª) 31 marzo 2022 (JUR 2022, 241973): «corresponde al empresario la carga de probar que el defecto en el producto trae causa en la conducta culposa del consumidor, operando la presunción de que el defecto que se revela dentro de los seis meses posteriores existía ya al tiempo de entregarse el producto al consumidor, que únicamente deberá acreditar la existencia misma del defecto»; SAP Barcelona (Sección 13.ª) de 28 junio 2011 (AC 2011, 2042): «[Transcurrido el plazo de seis meses desde la instalación, previsto en el artículo 9.1, párrafo segundo, de la Ley 23/2003, de acuerdo con el artículo 217 de la correspondía a la parte demandante la carga de la prueba del hecho, positivo y constitutivo de su pretensión, de la existencia de las deficiencias, en el momento de la entrega, de la instalación o de la caldera, de modo que las mismas pudieran ser imputables a la vendedora o a la fabricante, no pudiendo estimarse probado por el demandante, por las pruebas practicadas, que las deficiencias apreciadas posteriormente existieran en el momento de la instalación». En esa línea, *vid*. otra muestra de jurisprudencia en Torrelles Torrea, Art. 123 TR-LGDCU, en Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios*, pp. 1116-1117.

122. SAP Madrid (Sección 14.ª) de 2 febrero 2016 (JUR 2016, 74415).

el deber de probar la falta de conformidad por parte del consumidor, o si lo único que debe probar el vendedor es que la falta de conformidad era inexistente en el momento de la entrega[123]. Sin embargo, a propósito del art. 5.3 Directiva 99/44, la STJUE C-497/13, de 4.06.2015, *Faber*, señaló que el consumidor tan solo debía probar que la falta de conformidad en cuestión se había manifestado materialmente en el plazo requerido (entonces seis meses a partir de la entrega del bien) pero no debía tener que probar por qué razón el bien no era conforme o qué circunstancias eran imputables al vendedor[124]. El Parlamento europeo quiso incluir una aclaración adicional en el Cdo 26 de la Propuesta DCV que decía tener por objeto la incorporación de la doctrina de la STJUE *Faber*, pero en realidad la enmienda solo aludía a la exoneración del consumidor de tener que probar el momento en que se producía la falta de conformidad[125]. Finalmente, el Cdo 45 DCV da a entender que más bien se produce un reparto de la carga de la prueba, en el sentido de que corresponde al consumidor probar que los bienes/contenidos digitales no son conformes y al empresario demostrar que al tiempo de la entrega o suministro sí que lo eran[126]. Lógicamente, el art. 12.3 DCD,

123. Lo remarca Zöchling-Jud, B., «Beweislast und Verjährung», en Stabentheiner, J. – Wendehorst, Ch. – Zöchling-Jud, B. (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, pp. 201-202, que se hace eco de la dispar interpretación en Alemania y en Austria de las normas nacionales de transposición del art. 5.3 Directiva 99/44.

124. STJUE C-497/13, de 4.06.2015, *Faber* (§ 63): «[T]eniendo en cuenta la inferioridad en la que se encuentra frente al vendedor en lo que se refiere a la información sobre la calidad de este bien y al estado en el que éste fue vendido, el consumidor tampoco puede tener la obligación de indicar la causa precisa de esta falta de conformidad. En cambio, para que la información pueda ser útil al vendedor, debería contener un determinado número de indicaciones, cuyo grado de precisión variará necesariamente en función de las circunstancias propias de cada caso concreto, relativas a la naturaleza del bien de que se trate, el contenido del contrato de compraventa correspondiente y a las manifestaciones concretas de la falta de conformidad». *Vid.* también § 71. De acuerdo con el § 55 de esa sentencia, destaca el carácter imperativo de esa interpretación al comentar el antiguo art. 621-23.2 CC Cat, Gómez Pomar, F., Art. 621-23 CC Cat, en Egea Fernández, J. – Ferrer Riba, J. (dirs), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 274-275.

125. EM del I Informe del Parlamento europeo sobre la Propuesta DCV 2017, p. 63 y allí enmienda 24 de nueva redacción del Cdo 26: «En el primer año, para acogerse a la presunción de falta de conformidad, el consumidor solo deberá demostrar que el bien no es conforme y que la falta de conformidad se puso de manifiesto en el año siguiente a la entrega de los bienes, sin necesidad de demostrar también que la falta de conformidad existía realmente en el momento pertinente para establecer la conformidad».

126. Así, Staudenmayer, «Auf dem Weg», p. 2500, entiende que la inversión de la carga de la prueba solo se refiere a la falta de conformidad en un momento dado y que, por consiguiente, el consumidor debe probar la existencia de la falta de conformidad.

a propósito del suministro continuado, no admite ninguna presunción de falta de conformidad en un momento determinado.

Lo establecido en el Cdo 45 DCV es lo que luego también repite una parte del Cdo 59 DCD, que también establece que:

> «[…] en caso de conflicto, si bien corresponde al consumidor aportar pruebas de que los contenidos o servicios digitales no son conformes, el consumidor no ha de tener que demostrar que la falta de conformidad existía en el momento del suministro de los contenidos o servicios digitales o, en caso de suministro continuo, durante la vigencia del contrato».

Según se lee, el consumidor debe probar la existencia de la falta de conformidad. Nótese, con todo, que esa afirmación es contradictoria con lo previamente establecido en otra parte en el mismo Cdo 59 DCD, que precisamente señala que, debido a la naturaleza específica y a la gran complejidad de los contenidos y servicios digitales, así como a un mejor conocimiento y acceso a conocimientos prácticos, información técnica y asistencia en alta tecnología del empresario, este se encuentra en una mejor posición que el consumidor para conocer los motivos de la falta de suministro o de conformidad de los contenidos o servicios digitales[127]. Esto claramente sugiere que es él quien debe probar la falta de conformidad y es además coherente con que luego el art. 12.4 y 5 DCD dejen sin efecto la inversión de la carga de la prueba cuando el proveedor demuestre que el entorno digital del consumidor es incompatible con la interoperabilidad y otros requisitos técnicos (art. 121.3 y 4 TR-LGDCU)[128].

La dificultad que para los consumidores supone establecer la causa del problema es lo que llevó al TJUE a entender que el art. 5.3 Directiva

---

127. Llama la atención sobre esa confusión, Zöchling-Jud, «Beweislast und Verjährung», p. 202. La conclusión es coherente con lo establecido en el Cdo 32 de la Propuesta DCV 2015.

128. La DCV guarda silencio sobre el particular, el art. 121.5 TR-LGDCU declara que esas normas no se aplican a los bienes con elementos digitales, y el art. 621-74 CC Cat se limita a no incluir aquella norma en la compraventa de bienes con elementos digitales. En verdad, no queda claro el porqué de esas exclusiones. *Vid.* Cámara Lapuente, «Un primer balance», pp. 6, 7 y nota 21. Quizás bastaría para poder aplicar la misma regla tener en cuenta que ambas directivas son complementarias (Cdo 20 DCD, Cdo 13 DCV). *Vid.* González Pacanowska, «El contrato», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, pp. 274-275. Una posibilidad que habría que descartar es que la regla no se estime necesaria porque previamente ningún precepto de la DCV ha invertido la carga de la prueba en perjuicio del empresario.

99/44 evitaba al consumidor tener que probar la falta conformidad. Debe ser así, con mayor motivo, si resulta que los bienes están interconectados con elementos digitales[129]. En el ámbito de los contenidos o servicios de suministro continuado (estén o no incorporados o interconectados con bienes en un contrato de compraventa) hay un argumento adicional que explica por qué le corresponde siempre al empresario probar la falta de conformidad. Este no es sino que el deudor de la prestación responde mientras la prestación está bajo su control[130]. Por eso no se pone en duda que la doctrina *Faber* es plenamente vigente a la hora de interpretar tanto el art. 11.1 DCV[131] como el art. 12.2 DCD que, a diferencia del primero, impone de forma mucho más clara la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del empresario[132].

Tanto el antiguo art. 621-28 CC Cat como el actual art. 621-29.1 CC Cat expresan bien la inversión de la carga de la prueba al decir que el comprador debe notificar y (meramente) *describir* la falta de conformidad, a lo que no obsta que también se establezca una presunción de preexistencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega o suministro (art. 621-24.1, 621-73.3 CC Cat)[133]. En cambio, en el derecho estatal no existe ningún precepto que indique que el consumidor solo debe constatar y describir la existencia de la falta de conformidad, y el art. 121.1 TR-LGDCU solo recoge aquella misma presunción. Por consiguiente, sin perjuicio de ulteriores interpretaciones correctoras, de entrada la norma no exonera al consumidor de la carga de probar la falta conformidad, ya que no indica que este no debe aportar prueba alguna de que los contenidos o servicios digitales no son conformes.

---

129. Staudenmayer, «Auf dem Weg», p. 2500; Gsell – Araldi, «Plazos de las medidas», apuntan también a priorizar la rapidez de las transacciones.

130. Gsell – Araldi, «Plazos de las medidas», p. 495; González Pacanowska, «El contrato de compraventa de bienes», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, p. 323.

131. Gsell – Araldi, «Plazos de las medidas», p. 493.

132. Zoll, Art. 12 DCD, en Schulze-Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 218.

133. No se acaba de entender por qué el art. 621-73.3 CC Cat ciñe la presunción a los contratos de consumo cuando previamente el art. 621-24.1 CC Cat no lo ha hecho. Tiene poco sentido aquella restricción en el mundo digital (Arroyo Amayuelas, E., «La digitalització del dret de contractes en el Llibre sisè del Codi civil de Catalunya», en Departament de Justícia [ed.], *20 anys de Codi Civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2023, en prensa), pero lo que se ha calificado de sorprendente en la doctrina ha sido la ampliación de la presunción en el contrato de compraventa, que no existía con anterioridad (Arnau Raventós – Gramunt Fombuena, «La regulación del contrato de compraventa», p. 85).

Naturalmente, existen límites a la presunción; esta no opera cuando la falta de conformidad sea incompatible con ella o con la naturaleza del bien (art. 121.1 TR-LGDCU; art. 624-1 CC Cat).

6.2. Los plazos durante los que se invierte la carga de la prueba

A) Bienes con contenidos digitales

Si los bienes incorporan elementos digitales que se suministran en un único acto o en distintos actos individuales, las normas no presentan variaciones respecto de las que ya rigen para los bienes convencionales. Se presume que la falta de conformidad ya existía en el momento de la entrega si se manifiesta durante el año siguiente (art. 11.1 DCV), si bien los Estados miembros pueden ampliarlo a dos (art. 11.2 DCV), como así ha sucedido en España (art. 121.1 TR-LGDCU) y en Cataluña (art. 621-24.1 CC Cat). La presunción se amplía considerablemente respecto de los seis meses de la regulación precedente (art. 5.3 Directiva 99/44; art. 120 c) TR-LGDCU; art. 621-23.2 CC Cat) y, gracias a la fórmula de compromiso alcanzada, los Estados miembros están facultados para hacer coincidir el plazo de inversión de la carga de la prueba con los dos años mínimos de responsabilidad del vendedor previstos en la mayoría de Estados miembros y, luego, en la DCV. Lo que no admite la DCV es que un Estado miembro amplíe el plazo de responsabilidad más allá de los dos años (posible, ex art. 10.3 DCV) y que también amplíe más allá de los dos años el plazo de inversión de la carga de la prueba. Así resulta que, en España y en Cataluña, el plazo de responsabilidad es de tres años, cosa que naturalmente beneficia al consumidor, pero el plus que supone reconocer un año más de responsabilidad del vendedor es a costa de imponer al comprador/consumidor la prueba de la falta de conformidad si aparece en el tercer año (art. 121-1 TR-LGDCU; art. 621-24.1 CC Cat). Claramente, pues, esa mayor protección es solo aparente[134]. Es más, en Cataluña, como ya se ha indicado, los bienes de segunda mano se presumen conformes solo durante un año, aunque los contratantes no hubieran reducido el plazo de responsabilidad del vendedor (art. 621-23.4 CC Cat).

En la hipótesis de que los bienes lleven incorporados elementos digitales de suministro continuado, no hay plazos concretos sobre la inversión de la carga de la prueba, de manera que corresponde al vendedor demostrar

134. Sobre la situación parecida en Portugal, crítico, Morais Carvalho, J., «La incorporación de las directivas» (UE) 2019/770 y 2019/771 al ordenamiento jurídico portugués, en Arnau Raventós (ed.), *La digitalización*, p. 201.

cualquier falta de conformidad que aparezca o se manifieste durante el suministro. No hay nada que objetar cuando ese suministro es superior a los tres años (art. 121-2 que remite al art. 120. 2 TR-LGDCU; art. 621-24.2 que remite el art. 621-23.2 CC Cat). Es más, la norma favorece al consumidor en el caso de que la falta de conformidad aparezca al cabo de 2,5 años. Puesto que la inversión de la carga de la prueba para los defectos materiales es de solo dos años, al consumidor aún podría indicar que la falta de conformidad afecta al elemento digital que se suministra de forma continuada durante más de tres[135]. Ahora bien, si el suministro dura solo un año, el empresario deberá probar durante dos años que los contenidos o servicios digitales fueron conformes (art. 121-2 que remite al art. 120. 2 TR-LGDCU; art. 621-24.2 que remite el art. 621-23.2 CC Cat), lo que seguramente solo tendría algún sentido en los supuestos, más bien residuales, en que la falta de conformidad se produjera dentro del año, pero no se manifestase hasta el año siguiente. Esto es algo que, de todas maneras, el art. 11.3 DCV no contempla, pues el precepto solo se refiere a la carga de la prueba cuando la falta de conformidad se «manifiesta» dentro del plazo de responsabilidad (en la línea, art. 121.1 TR-LGDCU, art. 621-24.2, que remite al 621-23.2 CC Cat). Por eso cabe preguntarse por la lógica de semejante regla. Lo normal hubiera sido que el plazo de inversión de la carga de la prueba se acomodara al plazo de duración efectiva del suministro[136].

Hay que hacer notar, además, que el art. 621-24.2 CC Cat se pronuncia incorrectamente en términos de «presunción» de falta de conformidad, no para decir que se presume que lo no conforme son los elementos digitales cuando el bien no funcione –sí es el *software* o el *hardware* tendrá que demostrarlo el consumidor– sino para indicar durante cuánto tiempo se alarga el plazo en que el vendedor debe probar la falta de conformidad de los bienes con elementos digitales de suministro continuado cuando este dura más de tres años (art. 621-23.2 CC Cat). El recurso a la presunción no es correcto. Por un lado, porque esta tiene por finalidad indicar el momento en que se entiende que existe la falta de conformidad («momento de la entrega»; «momento del suministro») y, claro está, el suministro digital continuado no admite la fijación de un momento preexistente al suministro, puesto que, por definición, la falta de conformidad puede aparecer en cualquier momento. Por otro lado, si el plazo de duración del suministro es superior a tres años, no sería necesaria presunción alguna para indicar que se produce una inversión de la carga de la prueba, ya que normalmente corresponde al

135. Zöchling-Jud, «Beweislast und Verjährung», p. 204.

136. Zöchling-Jud, «Beweislast und Verjährung», p. 204.

deudor de la prestación demostrar su conformidad durante todo el tiempo en que la debe. Si, por el contrario, el suministro es inferior a tres años, nada hay que presumir cuando ya se ha extinguido el suministro, por más que la garantía del bien tenga una duración superior.

Adicionalmente, resulta que el art. 621-24.2 CC Cat tiene un ámbito de aplicación general y la presunción no se aplica solo a los contratos de consumo, a diferencia de lo que luego prevén los arts. 621-73.3 y 621-74.2 CC Cat.

B) Contenidos/servicios digitales

Se presume que la falta de conformidad del elemento digital ya existía en el momento del suministro de contenidos digitales mediante un acto o varios actos individuales de entrega (art. 12.2 DCD) entendiendo por tal la que se produce de acuerdo con el art. 5 DCD (art. 66 *bis* TR-LGDCU, art. 621-69.2 CC Cat). La carga de la prueba de que no es así corresponde al empresario cuando la falta de conformidad se manifiesta durante el transcurso de un año (art. 12.2 DCD) independientemente de que los Estados miembros impongan o no un plazo de responsabilidad al empresario que, en todo caso, no podría ser inferior a dos años (art. 11.2 DCD). Es decir que, a diferencia de lo que ha previsto la DCV, la DCD no ofrece al legislador nacional la posibilidad de ampliar el plazo de inversión de la carga de la prueba. Así, a pesar de que tanto en la legislación estatal como la catalana imponen dos años de responsabilidad del suministrador, este solo debe probar la falta de conformidad durante el año siguiente al suministro (arts. 120.1, 121.1 TR-LGDCU; art. 621-73.2 y 3 CC Cat).

Cuando el suministro es continuo, la prueba de la falta de conformidad que se manifieste durante ese período corresponde siempre al empresario mientras aquel no cese (art. 11.3 y 12.3 DCD). Aquí emerge con claridad la diferencia con el régimen jurídico de la inversión de la carga de la prueba en la venta de bienes con elementos digitales de suministro inferior al año. Es una diferencia de trato poco consistente, que no aparece claramente justificada por el legislador. [137]

El art. 120.2 TR-LGDCU alude correctamente a la carga de la prueba que corresponde al empresario durante ese período. Sin embargo, en Cataluña se recurre de nuevo a la presunción: «[*E*]n *els contractes de consum es presumeix que el contingut o servei digital no es van prestar conformes al contracte si*

137. Zöchling-Jud, «Beweislast und Verjährung», p. 204.

la manca de conformitat es manifesta durant el període del subministrament» (art. 621-74.2 CC Cat). No es una formulación afortunada, pues, por un lado, y como ya se ha dicho, es innecesaria la presunción cuando la prestación está bajo el control del empresario; y, por otro lado, es contrario a la lógica presumir que existe falta de conformidad en el momento en que esta se manifiesta. Conviene reiterar que la presunción se retrotrae a un momento fijo en el tiempo, en el que el empresario todavía tenía el control del bien/contenido digital antes de perderlo en manos del consumidor. No tiene sentido en otro caso.

Además, la exigencia de que la falta de conformidad se manifieste durante el período de suministro da a entender que la carga de la prueba se traslada al consumidor cuando, a pesar de producirse entonces, en cambio solo se manifieste después. Por el contrario, de acuerdo con el art. 621-74.1 CC Cat, el empresario también sería responsable en este caso: «[*E*]*l subministrador és responsable de qualsevol manca de conformitat dels continguts o serveis digitals que es produeixi o es manifesti durant el període en què aquests s'han de subministrar*». Se reproduce aquí literalmente la deficiente redacción que muestra la lectura conjunta de los art. 11.3 y 12.3 DCD.

7. ACTUALIZACIONES

La noción de conformidad se extiende a las actualizaciones disponibles de los contenidos o servicios digitales. Los arts. 8.2 y 4 DCD y 7.3 DCV establecen la duración del deber de actualizar y, por referencia a esos preceptos, los arts. 11.2 y 3 DCD y 10.1 DCV establecen la responsabilidad de la otra parte contractual, empresario o vendedor, por la falta de suministro de actualizaciones.

7.1. ¿Durante cuánto tiempo se deben las actualizaciones?

En un suministro continuado de elementos digitales (art. 8.3 a), art. 8.4 DCD) el deber de proporcionar actualizaciones se extiende a lo largo de toda la vida del contrato (art. 115 *ter* 2 b) TRLGDCU; art. 621-74.1 CC Cat), lo cual es normal porque el vendedor o empresario es responsable de la conformidad de la prestación durante todo este tiempo. Es así, salvo que ese suministro continuado se inserte en bienes y dure menos de dos años, porque entonces el vendedor debe proporcionar actualizaciones durante ese tiempo como mínimo (art. 7.3 b) DCV que remite al art. 10.2 DCV). En el TR-LGDCU y en el CC Cat, el plazo es tres años (art. 115 *ter* 2 b) TRLGDCU;

art. 621-20.6 b) CC Cat) porque el legislador ha hecho uso del margen de discrecionalidad que le permitía el art. 10.3 DCV (art. 120.2 TR-LGDCU; art. 621-23.1 CC Cat). Del mismo modo que no es coherente no hacer depender el plazo de responsabilidad del vendedor o empresario de la durabilidad de los bienes, tampoco lo es no vincular la duración del plazo de actualizaciones con este último criterio, por la razón ya dicha de que la durabilidad es un criterio objetivo de conformidad (art. 7.1 d) DCV)[138].

Si el contrato sigue el esquema de los actos únicos de suministro y la utilización de los elementos digitales no viene limitada por una hipotética duración del contrato, el deber de actualizar dura tanto tiempo como el consumidor pueda razonablemente esperar, en función del tipo de bien (*v. gr*. duración o valor) y/o su finalidad, o la de los elementos digitales (*v. gr*. programa antivirus) y teniendo en cuenta las circunstancias (*v. gr*. el precio) y la naturaleza del contrato (Cdo 31 DCV, art. 7.3 a) DCV; Cdo 47 DCD, art. 8.2 b) DCD; art. 115 *ter* 2 a) TRLGDCU; art. 621-20.6 a) CC Cat). Mientras no exista un cuerpo sólido de jurisprudencia, es difícil aventurar cuál pueda ser este plazo y/o si este está en función del tipo de actualizaciones (actualizaciones necesarias y/o no necesarias, o actualizaciones que mejoran el contenido)[139]. En todo caso, este plazo es independiente de cuál sea el plazo de responsabilidad del vendedor o empresario, que, en el derecho

138. Lo propone ahora la Resolución del Parlamento Europeo de 25.11.2020, epígrafe 7 a): «[L]as actualizaciones correctoras –es decir, las actualizaciones de seguridad y de conformidad– deberán mantenerse durante toda la vida útil estimada del dispositivo, según la categoría de productos». De acuerdo, De Franceschi – Schulze, «Harmonizing», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing*, p. 20; Barceló Compte, R., «From Conformity to Sustainability: Understanding the Implications of Digital Content Modifications under Directives 2019/770 and 771, Global Iurist, 2023, p. 26.

139. Sobre los distintos tipos, Kalamees, P., «Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation', JIPITEC, 2020, 3, pp. 133, 135; Sein – Spindler, «The New Directive (2)», p. 370: « [A]nother crucial distinction relates to updates versus new products: as considered in theory updates could be as a new product and, on the other hand, upgrades may turn out to be only updates. A trader cannot be held liable for not updating a software to a new release that would turn out to be a new product with new features, such as a change from Windows 8 to Windows 10.14. On the other hand a trader may not deny his liability by simply declaring any update as a new release or a new software. A one-size-fits all solution cannot be found here as courts once again have to rely upon the justified expectations of consumers. One of the key issues here should be to refer to fundamental changes of the functionality of a product – and not just adding a slightly new feature; if functions have been extended considerably, then consumers are faced with a new product and cannot claim for updates in the sense of an upgrade». *Vid.* también art. 217-8 CCons francés. A propósito del art. 19 DCD, Barceló Compte, «From Conformity», pp. 3 ss.

español y catalán, es de tres o dos años, según el objeto del contrato sean, respectivamente, bienes tangibles o no (art. 120.1 TR-LGDCU; art. 621-23.1 y 621-73.2 CC Cat)[140].

Por consiguiente, las expectativas razonables del consumidor pueden coincidir con el plazo de responsabilidad del empresario, o bien ir más allá, lo que a menudo sucederá si se trata de productos caros y de larga duración y las actualizaciones son de seguridad (Cdo 47 DCD, Cdo 31 DCV). En el *software* integrado tiene, pues, sentido tomar como base además de los dos años (o más) previstos para la responsabilidad del vendedor, la vida media del bien[141]. Algunos autores hablan de hasta 10 o 15 años[142]. Lo mismo hay que decir a propósito de la actualización en contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en actos individuales[143], si se admite que el requisito de conformidad objetivo referido a la durabilidad del bien tiene su equivalente en las actualizaciones de los elementos digitales, que también se deben con independencia de que haya pactos sobre este extremo (art. 8.2 DCD, art. 115 *ter* 2 TR-LGDCU, art. 621-20.6 CC Cat)[144].

Pudiera parecer más dudoso admitir que no se deban actualizaciones en absoluto o que se deban solo durante un plazo inferior al de responsabilidad del vendedor/empresario. Algunos autores niegan esa posibilidad, a la vista de que el art. 10.1 DCV establece la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad durante un plazo de dos años y consideran que ese plazo (o el nacional, más largo) debería ser en todo caso un plazo mínimo aplicable

140. Conviene hacer notar que el art. 120.1 a) TR-LGDCU remite indebidamente a ambas letras del art. 115 *ter* 2 TR-LGDCU, a pesar de que el supuesto de hecho de aquel artículo únicamente guarda correspondencia con el art. 115 *ter* a) TR-LGDCU. La remisión a la letra b) del art. 115 *ter* TR-LGDCU debería estar contenida en el art. 120.2 TR-LGDCU, referido al suministro continuado.

141. Bach, «Neue Richlinien», p. 1707.

142. Staudinger – Artz, *Neues Kaufrecht*, p. 106.

143. Schulze, R. – Zoll, F., *European Contract Law*, 3.ª ed., Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 227.

144. Para tal equiparación, *vid.* Twigg-Flessner, Ch., «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services, en Arroyo Amayuelas, E. – Cámara Lapuente, S. (dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 75; De Franceschi, A., *La Vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, ESI, 2019, pp. 17-18. Admite una expectativa superior a los dos años, pero no en función del tipo de bien, sino según se trate de actualizaciones de seguridad o supuestos análogos, Corvo, F., 'La conformidad subjetiva en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la trasposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771 en España', RCDI, 2023, 795, p. 137.

también a las faltas de conformidad derivadas de la falta de suministro de actualizaciones[145]. Sin embargo, ya se ha visto que no se acabó aceptando la Propuesta del Consejo que, por razones de seguridad jurídica, pretendía establecer un plazo –precisamente, uno de dos años– en aras de una mayor flexibilidad, en la que debían tener reflejo los distintos tipos de bienes. Que este plazo puede ser, no solo superior, sino también inferior, puede deducirse, además, de los propios art. 10.1 DCV y 11.2 DCD, que son los únicos preceptos que tratan de los plazos de responsabilidad y que justamente indican que lo en ellos establecido es «sin perjuicio» de la responsabilidad que pueda existir de acuerdo con el art. 7.3 DCV y art. 8.2 DCD, respectivamente. Es decir, que los plazos establecidos en aquellos preceptos no se extienden a estos últimos. Y, como ya se ha dicho, a propósito de las actualizaciones debidas, ni el art. 7.3 a) DCV, ni el art. 8.2 b) DCD establecen plazo alguno.

Sin duda hay que admitir que si el bien tiene una vida inferior al plazo de responsabilidad del vendedor o se trata de un contenido digital con una función y duración muy limitada (*v. gr*. una aplicación que solo sirve para canalizar los votos de la audiencia durante un festival de música), no se deban actualizaciones o solo durante un plazo inferior al de garantía legal[146]. En la línea de lo dispuesto en los Cdos 31 DCV y 47 DCD, los art. 115 *ter* 2 a) TR-LGDCU y art. 621-20.6 a) CC Cat también admiten que las expectativas del consumidor en materia de actualizaciones están en función del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales. Además, si es posible una

---

145. Janssen, A., «The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update», en Lohsse – Schulze – Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, p. 100; González Pacanowska, «El contrato», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (Dirs), *Contratación*, pp. 321-323. Por el contrario, entiende que la expectativa del consumidor no podria ir más allá de los dos años, Twigg-Flessner, «Conformity», en Arroyo Amayuelas – Cámara Lapuente (dirs), *El Derecho privado*, p. 70.

146. Torrelles Torrea, «Las expectativas», p. 876, pone ejemplos referidos a aplicaciones para un smartphone para un evento concreto (el mundial de futbol, el festival de Eurovisión). A artículos de fiesta perecederos se refiere, Wendehorst, Ch., «Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen. Das neue Gewährleistungsrecht auf dem Prüfstand», en Stabentheiner – Wendehorst – Zöchling-Jud (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, p. 130. Luego en Wendehorst, Ch., «The Update Obligation», en Lohsse – Schulze – Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, p. 78. A un marco de fotos adquirido *online* mediante un contrato no negociado y por 15 euros, se refiere Kalamees, «Goods», p. 136, p. 137. Antes, Sein – Spindler, «The New Directive (2)», p. 369: «For one-off contracts the updating obligation lasts for a reasonably expected time which in certain cases could mean of having no updating obligation at all (eg in case of buying digital photographs delivered to the consumer's e-mail)».

renuncia cualificada de las expectativas del consumidor (arts. 8.5 DCD, art. 7.5 DCV; art. 115 *ter* 5 TR-LGDCU, art. 621-20.4 CC Cat)[147], con mayor razón debería ser posible admitir que en determinados casos las expectativas del consumidor son de entrada limitadas o incluso inexistentes[148].

7.2. Las actualizaciones que son defectuosas o incompletas

De acuerdo con el Cdos 28, 30 DCV, la falta de suministro de actualizaciones y las actualizaciones defectuosas o incompletas pueden provocar un mal funcionamiento de los bienes y, por consiguiente, en tales supuestos existe una falta de conformidad de los mismos. El legislador europeo no resuelve –y mucho menos el español o catalán– si hay que entender que cada actualización defectuosa u omitida determina el inicio de un nuevo plazo de responsabilidad del vendedor. Podría pensarse que cada actualización es un acto único de suministro[149]. En caso de omisión, el inicio del cómputo exigiría saber la fecha en que la actualización pudo y debió haber sido implementada. [150] Si el contenido digital estuviera llamado a integrarse en un bien, además de la responsabilidad por la falta de conformidad del elemento material durante el plazo correspondiente, la presunción podría llegar a extenderse a dos años (art. 11.2 DCV), tal y como prevé el art. 121.1 TR-LGDCU y el art. 621-24 CC Cat. [151] Sin embargo, eso supondría tratar el bien como nue-

147. A propósito de la renuncia a las actualizaciones, en Austria, § 7 (1) VGG. En otros países, como en el nuestro, se aplica a este supuesto la norma general sobre renuncia a los requisitos de conformidad objetivos. En Alemania, § 327h BGB en relación con el § 327 f (1) BGB y § 476 (1) BGB. *Vid.* Schulze, en Schulze-De Franceschi (eds.), *Harmonizing*, p. 283; Staudinger – Artz, *Neues Kaufrecht*, p. 74. También es así en Irlanda: s.18(8) y s.54(7) Consumer Rights Act 2022. Otra cosa es la opinión que pueda merecer el hecho de que se puedan excluir las actualizaciones, incluso si estas son de seguridad. Crítica esa posibilidad, Sánchez Lería, «Mercado Digital», pp. 62-63. Propugnaba también una interpretación muy restrictiva del art. 7.5 DCV, Artz, M., «Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771», LaNotaria, 2019, 2-3, p. 121.

148. En pro de esa posibilidad, Wendehorst, «The Update Obligation», en Lohsse – Schulze – Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, p. 83.

149. Kalamees, «Goods with Digital Elements», p. 138.

150. A propósito de la prescripción, considera que ese momento temporal es relativamente seguro y objetivamente comprobable, González Pacanowska, «El contrato», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, p. 323.

151. Sugiere que puede ser complicada la inversión de la carga de la prueba porque no siempre será fàcil determinar si la omisión o defecto de la actualización es compatible con la naturaleza o la índole de la falta de conformidad, Wendehorst, «Aktualisierungen», en Stabentheiner – Wendehorst – Zöchling-Jud (Hrsg), *Das neue europäische*, p. 128.

vo y la incorporación de las actualizaciones no podría tener ese efecto, del mismo modo que tampoco lo tiene –ni, por consiguiente, reinicia el plazo de responsabilidad– la puesta en conformidad, ni siquiera cuando de lugar a la substitución del bien. Aun así, y siguiendo este mismo ejemplo que, en ocasiones, sí que permite alargar un año la responsabilidad[152], quizás podría haberse instaurado un plazo de responsabilidad inferior por cada actualización defectuosa u omitida. La objeción según la cual el plazo de responsabilidad solo tiene en cuenta el momento de la entrega[153], quizás podría salvarse entendiendo que esa regla solo tiene en cuenta la falta de conformidad originaria y que el legislador europeo nada dice sobre la que es sobrevenida como sucede con la que es causada por una actualización defectuosa o no suministrada[154].

Otra opción, quizás menos problemática, sería entender que las actualizaciones constituyen un suministro continuado –por lo menos, ciertas actualizaciones, como las de seguridad– de manera que, igual que cualquier otra falta de conformidad que afecte al suministro continuado del contenido digital a lo largo de un período, el consumidor debe poder reclamar en cualquier momento por toda falta de conformidad producida o manifestada durante ese tiempo.

En uno y otro caso, cobran interés las normas sobre cómputo de la prescripción/caducidad de los remedios. No existen, ni en España ni en Cataluña, plazos distintos a los generalmente aplicables por falta de conformidad que pudieran ser específicamente aplicables en esta hipótesis, pero es evidente que, igual que los plazos de prescripción no pueden evitar la aplicación del plazo legal de responsabilidad, tampoco cuando se trata de proporcionar actualizaciones podrían los plazos de prescripción incidir negativamente en la duración del deber de proporcionar actualizaciones. Algunos ordenamientos permiten al vendedor excepcionar la prescripción solo tras el trascurso de unos meses a partir del momento en que termina el plazo en que tales actualizaciones debían proporcionarse, independientemente de que la prestación de contenidos digitales se realice en actos individuales o

---

Luego en Wendehorst, Christiane, «The Update Obligation», en Lohsse – Schulze – Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, p. 76.

152. *Vid. supra* epígrafe V.3.4.

153. Wendehorst, «Aktualisierungen», en Stabentheiner – Wendehorst – Zöchling-Jud (Hrsg), *Das neue europäische*, p. 128. Luego en Wendehorst, «The Update Obligation», en Lohsse – Schulze – Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, p. 76.

154. A efectos distintos de los que aquí se tratan, señala esa laguna, Barceló Compte, «From Conformity», p. 24.

bien que se trate de un suministro continuado. Ese plazo es de 12 meses en Alemania[155] y de solo 6 en Grecia[156].

8. LA NOTIFICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

La posibilidad de reclamar frente al vendedor o empresario no se hace ya depender de la notificación de la falta de conformidad dentro de un determinado plazo, ni en el Derecho estatal ni en el catalán. Con todo, el art. 12 DCV no impedía mantenerla o introducirla en los ordenamientos jurídicos en que no existiese tal deber; en este último caso el plazo que debía tener el consumidor para efectuar la notificación no debía ser inferior a dos meses desde el descubrimiento de la falta de conformidad (Cdo 46 DCV). En cambio, la DCD prohíbe expresamente que la falta de notificación en un plazo determinado pueda impedir al consumidor reclamar sus derechos (Cdo 11 DCD).

Es correcto que ambos legisladores nacionales hayan armonizado las soluciones dispares que ofrecían ambas directivas. Es, además, lógico que exista un deber de notificar tempestivamente el defecto o la falta de conformidad cuando esta va precedida de un deber de examen inmediato de los bienes por parte del comprador, como sucede en las ventas entre comerciantes, pero imponerla en una compraventa civil tiene poco sentido[157]. Aun así, el art. 621-28.4 CC Cat descarta el examen de los bienes en una compraventa de consumo y, sin embargo, en esta como en cualquier otra compraventa, no dispensa de notificar al vendedor la falta de conformidad. Es, pues, el uso el que permite descubrirla y desde entonces el consumidor queda obligado a notificarla, aunque con buen criterio se suprime que no hacerlo dentro de plazo sea un requisito *sine quae non* para el ejercicio de los remedios del comprador (antiguo art. 621-28 CC Cat). A propósito de los contenidos y servicios digitales, las normas ni siquiera mencionan la carga del comprador de notificar la falta de conformidad. Ahora bien, es evidente que para alertar al vendedor o empresario del defecto es preciso notificárselo antes (Cdo 50 DCV). Tal notificación –igual que en la compraventa de bienes– no tiene ulterior trascendencia respecto del ejercicio de la acción o pretensión,

155. § 327j (3), 475e (1) (2) BGB. *Vid.* Artz-Staudinger, *Neues Kaufrecht*, pp. 105-106; Janssen, André, «The Update Obligation», p. 102.

156. *Vid.* Tsolakidis, Z. N., «Greece», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonising*, p. 316.

157. Badosa Coll, «El elemento temporal», p. 146; Castilla Barea, *La nueva regulación,* pp. 346-347. *Vid.* la crítica al antiguo art. 621-28 CC Cat, en Arroyo Amayuelas, E., Art. 621-28 CC Cat, en Egea Fernández – Ferrer Riba (dirs), *Comentari*, pp. 304-305.

aunque acaso el deber de mitigar el daño sugiere que el comprador que denuncia tarde la falta de conformidad debería responder por ello (antiguo art. 123.4 TR-LGDCU) como prevé, a propósito de la compraventa, el actual art. 621-29.2 CC Cat[158].

9. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN/CADUCIDAD DE LOS DERECHOS DEL COMPRADOR

9.1. Previo

Ambas directivas utilizan la expresión «prescripción» para referirse a las reclamaciones del consumidor ante una falta de conformidad. Sin embargo, lo único que prescribe son las pretensiones (art. 121-1 CC Cat) y no lo son todos los remedios de que aquel dispone para hacer efectiva la responsabilidad del vendedor o empresario[159]. La prescripción solo tiene aplicación cuando se reclama el cumplimiento, esto es, la reparación y la sustitución (remedios obligacionales)[160] y la indemnización de daños, aunque este remedio no esté previsto en ninguna de las dos directivas[161]. La rebaja del precio solo puede ser considerada una pretensión si el consumidor solicita la devolución de lo ya pagado de más. Por el contrario, cuando solicita la resolución y/o ya de entrada quiere pagar menos el consumidor ejerce derechos potestativos que caducan[162]. La suspensión del pago del precio no puede tener un plazo, ni de prescripción ni de caducidad, porque dura tanto como el tiempo en que tarde la contraparte en cumplir.

---

158. Echa en falta una norma de estas características en el TR-LGDCU, Sánchez Lería, «Mercado digital», p. 79.
159. Sobre si prescribe la pretensión, la acción o el derecho, *vid.* Arroyo Amayuelas, E., «Los efectos de la prescripción», en APDC, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 239-242.
160. Para la calificación, Arnau Raventós, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones, en Arroyo Amayuelas – Cámara Lapuente (dirs), *El Derecho privado*, p. 94.
161. Para el planteamiento del problema, sobre si el art. 117 TR-LGDCU lleva a la aplicación del art. 124 TR-LGDCU o bien si el art. 116 TR-LGDCU remite antes a la regulación de ese concreto remedio en la legislación civil (o mercantil) común, Arroyo Amayuelas, 'Entra en vigor', p. 26. Manifiesta la duda, Cámara Lapuente, «Un primer balance», p. 23 y p. 31, nota 65. Considera inaplicable el art. 124 TR-LGDCU, Mesa Marrero, Art. 124 TR-LGDCU, Cañizares (dir.), *Comentarios*, p. 1813. No es tampoco seguro que los daños puedan exigirse aunque haya transcurrido el plazo de responsabilidad del empresario. Por la afirmativa, Arroyo Amayuelas, «La transformación», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, pp. 51-52.
162. Efectúa correctamente esa distinción el § 327j en relación con el § 327i BGB y § 438 BGB.

9.2. Contexto

El legislador europeo ha tomado como referencia en ambas directivas los dos años de responsabilidad o garantía legal ya previstos en el art. 5.1 I de la Directiva 99/44 y ha rechazado expresamente la solución prevista en el art. 179 CESL, que optó por suprimir el plazo de garantía, en favor del establecimiento de dos plazos de prescripción, uno corto y otro largo[163]. Aun así, el modelo que proporciona la Directiva 99/44 se ha seguido solo parcialmente, puesto que, de acuerdo con la interpretación que hizo la STJUE C-133/16, de 13 de julio de 2017, *Ferenschild*, esta no permitía que el plazo de prescripción nacional al que se refería el art. 5.1 II fuera inferior a los dos años, ni siquiera aunque eso fuera posible para el plazo de garantía legal en los bienes de segunda mano[164]. En cambio, ni la DCV ni la DCD imponen una duración determinada, no por lo menos cuando el plazo de prescripción se combina con el de garantía (art. 11.2 III y 11.3 II DSCD; art. 10.5 DCV). La única exigencia es que, si se regulan conjuntamente, los derechos nacionales no eludan el plazo de responsabilidad del empresario a través del plazo de prescripción. Se admite también que los Estados miembros prescindan de los plazos de responsabilidad, de manera que solo rijan plazos de prescripción nacionales. Sigue sin imponerse entonces una determinada duración del plazo de prescripción, pero las directivas sí que obligan a que el plazo dure como mínimo el tiempo previsto en ambas directivas como plazos de responsabilidad (Cdo 42 y art. 10.4 DCV; Cdo 58 y art. 11.2 III DCSD)[165].

9.3. Plazos de prescripción, en lugar de plazos de responsabilidad

Como se acaba de decir, ambas directivas admiten que los Estados Miembros puedan decidir no transponer los plazos de responsabilidad, de manera que solo rijan plazos de prescripción/caducidad de las pretensiones y acciones del consumidor frente a la otra parte contractual (art. 11.2 II y 11.3

163. Sobre la naturaleza de esos plazos y un primer análisis de la regulación, Arroyo, E. – Vaquer Aloy, A., «Prescription in the Proposal for a Common European Sales Law», ERCL, 2013, 9-1, pp. 38-60. Critica la confusa relación entre ambos plazos, Zimmermann, R., Art. 14:307, en Zimmermann, R. – Jansen, N. (eds.), *European Contract Laws*, OUP, Oxford, 2019, p. 1867.

164. STJUE C-133/18, de 13.07.2017, *Ferenschild* (§§ 40-42, 47, 50). Pero *vid.* ahora Cdo 43 y art. 10.6 DCV.

165. El Cdo 42 DCV debe decir «[…] al menos durante el período de tiempo previsto en la presente Directiva como plazo de responsabilidad», según corrección de errores (DOUE L 136 de 22 de mayo de 2019).

II DCD; art. 10.5 DCV). En Alemania, se establece únicamente un plazo de prescripción para las reclamaciones de responsabilidad frente al vendedor y empresario, como hasta la fecha había sido el caso en la regulación de la compraventa. Puesto que esto no podía dar lugar a una reducción de los plazos de garantía, se mantienen los mismos, esto es, dos años, pero el *dies a quo* es objetivo y el automatismo de los efectos del paso del tiempo, independientemente del conocimiento, en cierta manera aproxima ese plazo al de garantía, salvo por lo que luego se dirá[166]. En los contratos sobre elementos digitales tendría sentido prescindir de un plazo de garantía o responsabilidad porque, por un lado, no hay deterioro alguno por el uso y, por el otro, el empresario debe velar por que se proporcionen actualizaciones, que es algo que se relaciona con el rendimiento y utilidad de los contenidos digitales a lo largo del tiempo y que no tiene relación con el período de responsabilidad. También es difícil conciliar el plazo de responsabilidad en la compraventa con el requisito objetivo de conformidad referido a la durabilidad de los bienes, puesto que esto último sugiere más bien la necesidad de prescindir de aquél o, como mínimo, la necesidad de prever plazos distintos en función del tipo de bienes. Por otro lado, introducir o mantener ese plazo solo para los contratos previstos en ambas directivas puede hacer de peor condición a las reclamaciones de los consumidores, si resulta que las de cualquier otro contratante solo están sometidas a plazos de prescripción/caducidad, acaso más largos. Esta es la razón por la que en Irlanda no rigen plazos de responsabilidad y sí solo plazos de prescripción, de seis años, a partir de la entrega, o a partir del momento en que se produzca o manifieste el defecto, si el suministro de contenido digital es continuado[167]. En cualquier caso, el argumento puede verse contrarrestado si, al final, las presunciones de falta de conformidad solo rigen en los contratos de consumo[168].

A) La fijación del dies a quo

Las directivas solo establecen el *dies a quo* de los plazos de responsabilidad o garantía, pero evitan pronunciarse a propósito de los plazos de prescripción. Por consiguiente, el legislador nacional puede partir de un

166. Así, §§ 327j (1) – (3), 438 (1) Nr. 3 BGB.

167. Sobre el particular, Howells, G. – White, F., «Ireland», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing*, p. 376. También en Finlandia rigen solo plazos de prescripción que son teóricamente de 10 años, aunque, en la práctica, se reclama mucho antes. *Vid.* Viitanen, K., «Finland», pp. 238-239.

168. Pero no es una regla segura. *Cfr.* art. 621-73.3 y art. 621-24.1 CC Cat. *Vid. supra* nota 132.

dies a quo objetivo o de uno subjetivo; esto es, de uno cuya determinación o fijación dependa de un momento fijo en el tiempo, o bien de otro que tome en consideración el conocimiento efectivo de la falta de conformidad por parte del consumidor.

B) Dies a quo objetivo

El plazo de prescripción que tiene un *dies a quo* objetivo empieza a transcurrir mucho antes de que se descubra la falta de conformidad y, por consiguiente, podría suceder que para entonces el plazo de reclamación ya hubiera transcurrido. Para evitarlo, el plazo debe calcularse de tal manera que pueda esperarse normalmente que la reclamación tendrá lugar dentro de plazo[169]. No parece que dos años sea un plazo suficiente para según qué tipo de bienes, a pesar de que este ha sido adoptado en innumerables Estados miembros. Además, podría suceder que se apreciaran defectos muy poco tiempo antes de que finalizara el plazo y que eso también impidiera al consumidor reclamar. En Alemania, esto se evita con una regla de suspensión del plazo de prescripción, que retrasa cuatro meses el final del plazo. Efectivamente, con el fin de no tratar de forma distinta a los compradores de bienes con elementos digitales incorporados, el legislador alemán no modifica el régimen de prescripción establecido en los § 327j (1) y § 438 (2) Nr. 3 BGB (dos años desde la entrega/suministro) y, en los contratos de consumo, permite una ampliación del plazo, solo en el caso de que la falta de conformidad aparezca 4 meses antes de la finalización del plazo[170]. Si no es así, aquellos preceptos no tienen ningún efecto[171]. En Grecia, donde la prescripción es también de dos años, la posposición del plazo es de solo 2 meses[172].

---

169. A propósito del § 438 Absatz 1 BGB, *vid.* Deutscher Bundestag Drucksache 19/28174 (zu Drucksache 19/27424). 19. Wahlperiode 01.04.2021. Unterrichtung durch die Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (Drucksache 19/27424). Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bunderegierung, p. 4.
170. Inicialmente, eran dos meses. *Vid.*, § 475e Absatz 3 BGB-E, en el Deutscher Bundestag Drucksache 19/27424. 19. Wahlperiode 09.03.2021. Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, p. 41. Idem, § 327j BGB-E. Deutscher Bundestag Drucksache 19/27653. 19. Wahlperiode 17.03.2021. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, p. 25.
171. *Vid.* referencias en nota anterior y Staudinger – Artz, *Neues Kaufrecht*, p. 106-107.
172. Tsolakidis, «Greece», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonising*, p. 316.

Entender que el *dies a quo* se inicia con la entrega es congruente con la presunción de que el defecto ya existe en ese momento y, sin duda, es una solución que favorece la seguridad jurídica. Sin embargo, ese mismo modelo aplicado a los bienes que incorporan un suministro continuado de contenidos digitales obligaría a establecer un plazo de prescripción que necesariamente debería ser variable en función de la duración del contrato. Puesto que no es posible establecer un número fijo de años o meses, el legislador italiano ha previsto que el plazo ordinario de 26 meses de prescripción se inicie a partir del último acto de suministro. Sin embargo, es difícil encajar ese supuesto de hecho en un suministro continuado que no consista en actos individuales reiterados[173]. Lo adecuado hubiera sido prever que el plazo de prescripción se iniciaba con el primer acto de suministro y finalizaba 2 meses después de la extinción del contrato. En Alemania, los §§ 327j (2) BGB y 475e (1) BGB establecen que las reclamaciones no prescribirán antes de que transcurran 12 meses desde la finalización del período de suministro continuado de los elementos digitales. Son 6 meses en Grecia[174].

C) Dies a quo subjetivo

Los plazos de prescripción también pueden depender de un *dies a quo* subjetivo. Estos se iniciarían entonces en el preciso momento de la manifestación de la falta de conformidad, que es cuando el consumidor puede conocerla y reclamar. Vincular el inicio del plazo de prescripción a un *dies a quo* subjetivo exigiría también incorporar plazos de preclusión –independientes del conocimiento– para evitar que el vendedor o empresario estuviera sometido a las exigencias del comprador durante mucho tiempo. Esos plazos de prescripción podrían ser los mismos que los de responsabilidad (2 años), pero también más largos. En Irlanda son 6 años y en Finlandia 10. Debería admitirse igualmente un plazo más corto, de 6 meses o un 1 año, porque la determinación subjetiva del plazo ya permite tener debidamente en cuenta los intereses de los consumidores y, además, estos podrían reclamar en cualquier tiempo cuando ningún plazo de responsabilidad restringe esos derechos [175].

---

173. Art. 135 *quaterdecies* (6) CConsumo: «L'azione diretta a far valere i difetti emersi nel corso della fornitura e non dolosamente occultati dal professionista si prescrive, in ogni caso, nel termine di ventiseimesi dall'ultimo atto di fornitura».

174. Tsolakidis, «Greece», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonising*, p. 316.

175. Así lo explicaba el Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bunderegierung (BT-Drucks 19/28174), 01.04.2021, p. 5.

Cuando el *dies a quo* es subjetivo, la prescripción comienza con la manifestación de la falta de conformidad, que es lo que permite conocer. Tal conocimiento debería medirse de acuerdo con lo que objetivamente sería reconocible para el consumidor medio[176]. Eso significa que no puede exigirse únicamente el conocimiento efectivo del consumidor, sino que el presunto también cuenta si la ignorancia fuera negligente[177]. Es así, con mayor razón, si resulta que, además, los derechos nacionales eliminan el deber de notificar la falta de conformidad, ya que es tal notificación la que, *a priori*, y por lo menos en teoría, permite deducir que es cuando esta se lleva a cabo que el consumidor acaba de tomar conciencia de aquella[178].

9.4. La combinación de los plazos de responsabilidad y de prescripción

Si el plazo de prescripción no reemplaza al de responsabilidad y, además, tiene un *dies a quo* objetivo, su fijación no debe permitir eludir este último. Esto se consigue añadiendo el plazo de prescripción inmediatamente después del trascurso del plazo de responsabilidad. En tal hipótesis, el consumidor tiene tiempo de reclamar mientras está vigente este último, si durante el mismo se produce o manifiesta la falta de conformidad, y, además, cuenta con un plazo adicional de prescripción al final de este período. La ventaja de una regla de este tipo es que puede aplicarse tanto al suministro mediante actos únicos de entrega (de bienes o contenidos digitales) como al suministro continuado de contenidos digitales (estén o no incorporados en bienes) y, en esta última hipótesis, el *dies a quo* coincidiría con el momento de la extinción del contrato. En Austria, el plazo de responsabilidad de dos años ha ido acompañado de un corto plazo de prescripción de tan solo 3 meses (§§ 28 [1] VGG, 933 [3] ABGB). Ahora bien, si resulta que el consumidor puede reclamar siempre, ya desde mucho antes de que expire el plazo de responsabilidad o garantía, podría decirse que existe un único plazo de prescripción que comienza ya desde la entrega del bien o el inicio del suministro. Resulta significativo en este sentido, que en Italia los arts. 133.3

176. Staudinger-Artz, *Neues Kaufrecht*, p. 107. Otra variante, Zoll, Art. 12 DCD, en Schulze-Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 217: «The fact of becoming aparent should be understood […] as becoming visible to the reasonable consumer».

177. Staudinger-Artz, *Neues Kaufrecht*, pp. 38, 107.

178. Así, sobre el antiguo art. 621-28 CC Cat, *vid.* Arroyo Amayuelas, Art. 621-28 CC Cat, en Egea Fernández – Ferrer Riba (dirs), *Comentari*, p. 308. Para el argumento del texto, Zöchling-Jud, «Beweislast und Verjährung», p. 209.

y 135 *quaterdecies* (4) Consumo hayan previsto un plazo de prescripción de 26 meses a contar desde la entrega o suministro.

En realidad, esta última consideración enlaza con la otra posibilidad que ofrece la fijación de un *dies a quo* de prescripción objetivo que no ponga cortapisas a los plazos de responsabilidad, como es que ambos plazos inicien su cómputo a la vez, tras la entrega o el inicio del suministro. Eso exigiría entonces que el plazo de prescripción fuera más largo que el de responsabilidad del vendedor/empresario. Con todo, seguramente no valdría con que fuera solo un día o dos más largo[179]. En la compraventa de bienes o elementos digitales suministrados en un único acto de entrega, Estonia prevé dos años de garantía y tres de prescripción a partir de aquel momento. La particularidad es que el plazo de prescripción, también de tres años, se hace depender del conocimiento cuando se trata de contenidos digitales de suministro continuado (incorporado o no en bienes)[180]. En Francia, el plazo de garantía de dos años a contar desde la entrega (de bienes o contenidos digitales) o la responsabilidad por las faltas de conformidad que aparezcan a lo largo del plazo de suministro de contenidos digitales, cuando este sea superior a dos años, se aplica sin perjuicio de los arts. 2224 ss. CC, sobre prescripción. El *dies a quo* de este último plazo, que es de cinco años, es el del conocimiento por parte del consumidor de la falta de conformidad[181].

El legislador español también ha optado por combinar plazos de responsabilidad y plazos de prescripción en el TR-LGDCU. Ha sido así también en Cataluña, donde los mismos plazos rigen en contratos que no son de consumo. En ambos ordenamientos, el *dies a quo* de la prescripción es subjetivo. El problema de ambas regulaciones es que, a plazos de garantía más largos que los previstos en las directivas (tres años), se suman luego plazos de prescripción demasiado largos, además de tener un comienzo subjetivo (5 años, art. 124 TR-LGDCU; 3 años, art. 621-44.3 CC Cat). No se introducen tampoco diferencias en función de las modalidades de suministro del contenido digital, de manera que cuando este sea continuado, tal regulación puede comportar plazos de reclamación dilatadísimos. Sería el caso, por ejemplo, de una falta de conformidad que tuviera lugar al inicio de la prestación en un contrato de suministro que durase ocho años. Llama mucho la atención

179. En este sentido, Gsell – Araldi, «Plazos de las medidas», p. 488, contra la opinión manifestada por Zöchling-Jud, «Beweislast und Verjährung», p. 211.

180. Sein, K., «Estonia», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing*, pp. 223-224.

181. Art. 217-3.2, 3, 6; art. 217-24.12.2, 3 y 6 C Cons. *Vid.* Borghetti, J. –S., «France», en De Franceschi – Schulze (eds.), *Harmonizing*, pp. 264-265.

el apartamiento evidente de la regulación vigente en el TR-LGDCU hasta la fecha, que imponía un plazo de tres años de prescripción con un *dies a quo* objetivo desde la entrega (art. 123.4 TR-LGDCU)[182]. Mantener esos tres años de prescripción en el nuevo sistema, o incluso prever un plazo más corto, en absoluto hubiera perjudicado al plazo de responsabilidad, porque el hecho de que la prescripción se inicie con el conocimiento no impide que el plazo de garantía siga su curso hasta agotarse y, en su caso, pueda el consumidor reclamar por otras faltas de conformidad. Por consiguiente, una regulación de la prescripción tan larga no era necesaria[183]. No comporta ventajas significativas al consumidor, porque la tendencia es a denunciar con prontitud[184] y, por el contrario, provoca un desequilibrio importante entre las partes con claro perjuicio para el empresario. A ello debe sumarse el hecho de que el *dies a quo* de la prescripción queda fijado con la manifestación de la falta de conformidad, pero no se añade que tal manifestación debe tener lugar durante el período de tiempo en que debe hacerse efectiva la responsabilidad del vendedor (como sin duda exige el art. 10.4 DCV)[185]. Eso abre demasiado el camino a la reclamación, en particular cuando se trata de una compraventa de bienes con suministro continuado de contenidos digitales en la que, como ya se ha visto, la falta de conformidad puede manifestarse mucho más allá del tiempo estipulado para que esta se produzca o tenga lugar. En este punto, el art. 124 TR-LGDCU merece una lectura correctora[186] y, además, el precepto debería ir acompañado de un plazo de preclusión. Paradójicamente, la nor-

182. Para la crítica a esa regulación, Marín López, Art. 123 TR-LGDCU, en Bercovitz (Dir.), *Comentario*, p. 1787, poniendo el acento en lo inadecuado de un *dies a quo* objetivo por la desprotección que puede generar al consumidor. Por el contrario, critica el nuevo art. 124 TR-LGDCU por la inseguridad que puede generar al empresario que este dependa exclusivamente del conocimiento del consumidor, Castilla Barea, *La nueva regulación*, p. 340.

183. De otra opinión, Mesa Marrero, «Art. 124 TR.LGDCU», Cañizares (Dir.), *Comentario*, pp. 1809-1810; Tur Faúndez, M.ª N., «El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/202, de 27 de abril», *LaLey Mercantil*, 83, septiembre 2021, p. 7; Martínez Gómez, S., «Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes de consumo tras la transposición de la directiva (UE) 2019/771 mediante RD Ley 7/2021 de 27 de abril», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, p. 18.

184. Cree, sin embargo, que es una mejora, Barber, «Garantías en las ventas», p. 173.

185. A propósito de la DCV, Gsell – Araldi, «Plazos de las medidas», pp. 489, celebran que de este modo la directiva permita a los Estados miembros reducir la responsabilidad del vendedor (inicialmente responsable de los defectos producidos durante el plazo de responsabilidad, pero solo manifestados más tarde).

186. González Pacanowska, «El contrato», en González Pacanowska – Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, p. 326, nota 152; Arroyo Amayuelas, «La transformación», en González Pacanowska –Arnaldo Planas (dirs), *Contratación*, p. 45.

ma se ajusta a lo previsto en el art. 11.3 II DCD en la hipótesis de suministro continuado de contenidos digitales[187], a pesar de que acaso otra cosa pudiera permitir entender el Cdo 58: «[…] es preciso garantizar que esos plazos sigan permitiendo a los consumidores exigir medidas correctoras por cualquier falta de conformidad que se manifieste al menos durante todo el período en el que el empresario sea responsable de una posible falta de conformidad» (aunque no debe pasar desapercibida la expresión «al menos»). La doctrina que da por sentado que la exteriorización debe tener lugar dentro de los plazos de garantía, parte de la hipótesis de bienes o contenidos que «se entregan», como muy bien expresa el art. 120.1 TR-LGDCU[188].

En Cataluña, el *dies a quo* dependerá del momento en que el comprador descubra efectivamente la falta de conformidad y la notifique (art. 621-29.1 CC Cat) o pueda entenderse que debería haberla descubierto a partir del uso efectivo o, en contratos que no sean de consumo, a partir del transcurso del breve plazo que imponga el contrato o que sea costumbre observar para el examen de los bienes (art. 621-28 CC Cat) o contenidos digitales (ex art. 621-67.2 CC Cat). El legislador catalán tampoco precisa en el art. 621-44.3 CC Cat que la manifestación de la falta de conformidad debe tener lugar dentro del plazo previsto legalmente para la responsabilidad del vendedor, pero eso ya lo dice el CC Cat en el art. 621-23.1 (para los bienes) y 2 (para los bienes con elementos digitales de suministro continuado), que siempre exigen que aquella se manifieste durante el plazo de responsabilidad previsto legalmente[189]. Por el contrario, de acuerdo con el art. 621-74.1 CC Cat, en la hipótesis de suministro continuado, el suministrador es responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o manifieste durante el período en que estos deben suministrarse, de manera que la prescripción podría comenzar más tarde, cuando el consumidor o, en general, el comprador los descubriera, siempre que probara que se habían producido dentro de aquel plazo. Existe un plazo de preclusión en Cataluña, pero este es tan largo, de 30 años (art. 121-24 CC Cat), que difícilmente son imaginables sus virtudes.

9.5. Acortamiento por pacto del plazo de prescripción

En el contexto de la Directiva 99/44, la STJUE C-133/16, de 13 de julio de 2017, *Ferenschild* estableció que los plazos de prescripción nunca podían ser

187. Críticos con el redactado de esa norma, Gsell – Araldi, «Plazos de las medidas», p. 491.
188. Mesa Marrero, Art. 124 TR-LGDCU, Cañizares (dir.), *Comentarios*, p. 1810.
189. Destaca su adecuación al art. 10.5 DCV, Arnau Raventós, «Productos digitales», p. 74.

inferiores a dos años, a partir del momento de la entrega del bien, aunque excepcionalmente se permitiera al legislador nacional reducir los plazos de garantía para los bienes de segunda mano. [190] Como ya se ha dicho, la especialidad de que los derechos nacionales permitan a las partes recortar ese plazo en contratos de consumo a, por lo menos, un año se mantiene en el art. 10.6 DCV (Cdo 43), pero ahora se prevé expresamente que, si el plazo de responsabilidad del vendedor es de solo un año, el de prescripción pueda tener también esta duración [191]. Según el Cdo 43 DCV, el consumidor debería ser informado de ambas cuestiones, tanto de que el bien es de segunda mano, como de la reducción de ambos plazos (de garantía y de prescripción). No hay ninguna previsión entorno a esta cuestión en el TR-LGDCU, y, por consiguiente, habría que concluir que el art. 124 TR-LGDCU no sufre excepciones que legalmente no están expresamente previstas.

El Libro VI CC Cat tampoco establece ninguna especialidad, pero desde la aprobación del Libro I CC Cat, en Cataluña sí que se admite expresamente que la autonomía de la voluntad pueda alargar o acortar los plazos de prescripción, con los límites previstos en el art. 121-3 CC Cat. Por consiguiente, hay que entender que esa norma también se aplica a la compraventa de bienes con elementos digitales. El resultado es que, aunque la garantía se puede reducir a un año (art. 621-23.4), el plazo de prescripción, que es de tres años (art. 621-44.3 CC Cat), no se puede acortar a menos de la mitad. Eso significa que el plazo de prescripción no podría equipararse al plazo reducido de responsabilidad del vendedor y que, en aplicación de aquella norma, no podría ser inferior al año y medio. No se opone a ello el art. 10.6 DCV, que solo exige que no sea inferior a un año.

10. LAS PARTICULARIDADES DE LA FALTA DE CONFORMIDAD JURÍDICA

La Directiva 99/44 no establecía diferencias entre los defectos de calidad y los defectos del título. En la actualidad, por el contrario, tanto la DCV como la DCD regulan la falta de conformidad derivada de la existencia de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual,

190. STJUE C-133/16, de 13 de julio de 2017, *Ferenschild* (§§ 49, 50).

191. Marín López, M. J., «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley* nº 9461, de 22 de julio de 2019, p. 14; Corvo López, F., «Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771», CDT, 2020, 1, p. 159.

que impidan o limiten la utilización de los bienes según los artículos 7 y 8 DCD (art. 10 DCD) o arts. 6 y 7 DCV (art. 9 DCV). Esa es, por lo menos, la regla general[192].

10.1. Generalidades

El art. 117.1 TR-LGDCU establece la responsabilidad por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. La expresión «cualquier falta de conformidad» se refiere al material y también incluye la jurídica a la que luego alude expresamente el art. 117.2 TR-LGDCU. Por consiguiente, presupuesto para que el consumidor pueda reclamar es que no se le hubiera informado previamente de las restricciones o limitaciones y, además, no las hubiera aceptado expresamente (art. 7.5 DCV, art. 8.5 DCD, art. 115 ter 5 TR-LGDCU).

Parece, además, que, para poder exigir responsabilidad frente al vendedor por falta de conformidad jurídica es precisa una vulneración de los derechos de terceros que perturbe el uso o utilización de los bienes, contenidos o servicios digitales. En realidad, más que una vulneración efectiva (*v. gr.* al consumidor se le vende una copia ilegal, no amparada por la licencia) el dato importante es la perturbación en las expectativas de utilización del consumidor. Seguramente bastará con que el derecho del tercero exista y suponga una amenaza seria sobre el pleno disfrute de los contenidos digitales (*v. gr.* la imposibilidad de hacer copias de seguridad)[193]. A propósito de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos digitales, esto es algo que remarca el Cdo 54 DCD, que además señala expresamente que no es preciso que, para poder exigir responsabilidad al empresario, el consumidor haga un uso ilícito de los contenidos (*v. gr.* reventa o copias no permitidas por el titular de la licencia). De hecho, aunque no imposible, tal vulneración será difícil como consecuencia de las medidas tecnológicas que forman parte de los *Digital Rights Management Systems*[194] (*v. gr.* encriptados, contraseñas, dispositivos anticopia) que protegen el derecho en exclusiva del titular de la licencia y muchas veces

192. Sobre la razón de ser de las posibles excepciones, Arroyo Amayuelas, «Entra en vigor», p. 12

193. A Castilla Barea, *La nueva regulación*, p. 96, le parece que el art. 9 DCV está pensado preferentemente para los elementos digitales de los bienes. Así también Rosenkranz, F., Art. 10 DCD, en Schulze – Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 192.

194. Art. 6.3 Directiva InfoSoc para la definición de las medidas tecnológicas (art. 193.3 TR-LPI).

incluso frente a limitaciones legalmente permitidas (art. 197 TR-LPI, que diferencia en función de si las obras con protección tecnológica se licencian o no a través de internet)[195].

10.2. Momento relevante para apreciar la falta de conformidad

El momento en que debe apreciarse cualquier falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales es, según el art. 117.1 TR-LGDCU, el de la entrega, dando a entender con ello que el derecho de tercero debe preexistir. Sin embargo, el art. 117.2 TR-LGDCU no realiza la precisión al tratar de la conformidad jurídica y se limita a reproducir lo que ya establecen los art. 10 DCD y 9 DCV. Aun así, es razonable pensar que los momentos relevantes en el tiempo coinciden en la conformidad jurídica y material[196]. Precisamente por eso, es necesario tener en cuenta las distintas modalidades de negocio, cohonestar el art. 117 TR-LGDCU con el art. 120.2 TR-LGDCU, y dar cabida a la posibilidad de que el derecho del tercero acaezca o se «produzca» después, esto es, mientras dure el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales (*v. gr.* por cambios sobrevenidos en las condiciones de la licencia)[197]. En Cataluña el art. 621-30.2 y 3 CC Cat solo se refiere a los derechos o pretensiones existentes al tiempo de contractar en los contratos de consumo, aunque el art. 621-30.1 CC Cat es más amplio e incluye todos los que no estuvieran contemplados en el contrato, esto es, también los que sobrevengan después.

10.3. La responsabilidad del vendedor/empresario no exige que el tercero ejercite su derecho dentro de los plazos de garantía

La responsabilidad del vendedor o subministrador de contenido digital tiene su origen en la relación contractual con el consumidor y no es preciso que, para que el consumidor pueda hacerla efectiva, el tercero ejercite su derecho dentro del plazo de responsabilidad. No sería razonable que la

195. Garrote Fernández-Díez, I., «Tutela de las medidas tecnológicas de protección de la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual», en Bercovitz, R. (Dir.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 390-395.

196. Con todo, aprecia una referencia implícita del art. 10 DCD al art. 11 DCD, Rosenkranz, Art. 11 DCD, en Schulze – Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, p. 195.

197. A propósito del art. 10 DCV, admite que tiene sentido juzgar la conformidad jurídica en un momento distinto del de la entrega los bienes, Castilla Barea, *La nueva regulación*, pp. 95-96.

reclamación del consumidor frente al empresario dependiera de la actuación tempestiva de un tercero, sobre el que nadie tiene ningún control. Además, si la falta de conformidad deriva de la no transmisión de la propiedad o la titularidad de cualquier otro derecho sobre los bienes (incluidos los que incorporan elementos digitales), tampoco procedería limitar la responsabilidad del vendedor a tres años a partir de la entrega si resulta que es más tiempo lo que necesita el comprador para adquirir por usucapión. Por eso mismo, el art. 621-23.6 CC Cat establece expresamente que el plazo de responsabilidad por falta de conformidad no se aplica a la falta de conformidad que deriva de la existencia de derechos o pretensiones de terceros. En esos casos solo rigen plazos de prescripción. Aunque el precepto se ubica en sede de compraventa (de bienes, incluidos los que incorporan elementos digitales), lo dicho debe regir en la hipótesis de que se suministren contenidos digitales en virtud de ese u otro contrato (art. 621-67.1 CC Cat). Por consiguiente, basta con que el derecho se origine o manifieste mientras dura el contrato de suministro y solo cuando el consumidor descubra el derecho del tercero –quizás como consecuencia de su ejercicio, pero seguramente ni siquiera eso es preciso– comenzarán a correr los plazos de prescripción (art. 621-44.3 CC Cat).

VI. REFLEXIONES FINALES

El estudio del elemento temporal en la DCV y DCD exige tener en cuenta la duración del plazo de responsabilidad y del plazo dependiente del mismo referido a la inversión de la carga de la prueba, así como la posible sustitución del primero por plazos de prescripción o la combinación de unos y otros y la determinación de los correspondientes *dies a quo*. La regulación es minuciosa, compleja y no exenta de problemas de interpretación, y la necesidad de obtener consensos a lo largo de la tramitación de ambas directivas ha condicionado enormemente el resultado. De entrada, es cuestionable la decisión de incorporar plazos de garantía, aunque se pueda prescindir de los mismos, si bien solo en los contratos sobre contenidos/servicios digitales. El escaso margen de mejora de que disponía el legislador nacional no se evidencia en absoluto en las reglas que incorpora el TR-LGDCU, ni en la cuestión a la que se acaba de aludir, ni en tantas otras como, por ejemplo, a propósito de la falta de conformidad de las actualizaciones, el alcance de la inversión de la carga de la prueba, o la determinación del *dies a quo* cuando precede una instalación. Algo más coherente se muestra el CC Cat, pero la regulación que ofrece tampoco está exenta de problemas. A veces es difícil hacerlo mejor cuando es el propio legislador europeo quien introduce con-

fusión, como sin duda ocurre con la regulación de la falta de conformidad que se «manifiesta» o «produce» dentro del plazo de garantía. Sin embargo, en ocasiones el legislador nacional no ha comprendido bien el sentido de según qué indicaciones. Es de lamentar, por ejemplo, que los plazos de prescripción sean tan innecesariamente largos, en uno y otro ordenamiento, sin que se sepa muy bien por qué razón.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, M.ª Teresa, «Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», en ARNAU RAVENTÓS, Lidia (ed.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 131-156.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, «La garantia de la reparació o la substitució del bé no conforme: de cara a una revisió de l'art. 621-23.4 CC Cat», en BADOSA COLL, Ferran (Dir.), *Estudis de Dret Català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell Abancó*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 205-218.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, «Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (ed.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 47-95.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia (ed.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, Esther-CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 79-100.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia - GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», ADC, 2023, I, pp. 75-126.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia - GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», InDret, 2022, 1, pp. 171-205.

ARROYO AMAYUELAS, «La transformación digital de los contratos de consumo en España», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel -

ARNALDO PLANAS, M.ª Carmen (Dirs), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 23-62.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021» (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor), *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2022, 41, pp. 1-32.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Las nuevas directivas sobre digitalización del derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, Lidia (ed.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 19-46.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La digitalització del dret de contractes en el Llibre sisè del Codi civil de Catalunya», en DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA (ed.), *20 anys de Codi Civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2023 (en prensa).

ARROYO AMAYUELAS, Esther - CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Los efectos de la prescripción», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 235-318.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, Art. 621-28 CC Cat, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan - FERRER RIBA, Josep (Dirs), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 303-313.

ARROYO AMAYUELAS, Esther - VAQUER ALOY, Antoni, «Prescription in the Proposal for a Common European Sales Law», ERCL, 2013, 1, pp. 38-60.

ARTZ, Markus, «Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771», La Notaria, 2019, 2-3, pp. 120-121.

Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

AUGENHOFER, Susanne, «European Commission's Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods-Promoting Repair and Reuse. Response of the European Public Institute», Vienna, pp. 1-18. (*https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Sustainable_Consumption_of_Goods.pdf*)

AVILÉS GARCÍA, Javier, «El nuevo derecho a la reparación de bienes de consumo en los servicios técnicos postventa de una economía circular», *Diario LaLey*, 2 de julio de 2021, pp. 1-9.

BACH, Ivo, «Neue Richlinien zum Verbrauchgüterkauf und zu Verbrucherverträgen über Digital Inhalte», NJW, 2019, 24, pp. 1705-1711.

BADOSA, COLL, Ferran, «El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo», en LETE ACHIRICA, Javier (ed.), *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 125-147.

BARCELÓ COMPTE, Rosa, «From Conformity to Sustainability: Understanding the Implications of Digital Content Modifications under Directives 2019/770 and 771», Global Iurist, 2023, pp.1-30 (*https://doi.org/10.1515/gj-2023-0005*).

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Garantías en las ventas de consumo y economía circular», RDC, 2022, 2, pp. 141-186.

BORGHETTI, Jean Sébastien, «France», en DE FRANCESCHI, Alberto-SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 249-272.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, Arts. 122-1 a 122-5, en VAQUER ALOY, Antoni - LAMARCA I MARQUÈS, Albert (Dirs), *Comentaris al Llibre I del Codi Civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 632-676.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en SANTOS MORÓN, M.ª José-MATO PACÍN, Natalia (Dirs), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 273-301.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, n.º 9881, Sección Tribuna, 29 de junio de 2021, pp. 1-32.

CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.) *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CAÑIZARES LASO, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.

CASTILLA BAREA, Margarita, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CORVO LÓPEZ, Felisa, «Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771», CDT, 2020, 1, pp. 118-169.

CORVO, Felisa, «La conformidad subjetiva en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la trasposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771 en España», RCDI, 2023, 795, pp.123-178.

DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2023.

DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner, «Harmonizing Digital Contract Law-an Introduction», en DE FRANCESCHI, Alberto-SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 1-29.

DE FRANCESCHI, Alberto, *La Vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, ESI, 2019.

EVANGELIO LLORCA, Raquel, «La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», RCDI, 2002, 672, pp. 1301-1366.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel - ARNALDO PLANAS, M.ª Carmen (dirs), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 221-270.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, «Tutela de las medidas tecnológicas de protección de la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 385-399.

GOICOVICI, Juanita, «Romania», en DE FRANCESCHI, Alberto-SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 541-580.

GÓMEZ POMAR, Fernando, Art. 621-23 CC Cat, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan- FERRER RIBA, Josep (dirs), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 267-277.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel- ARNALDO PLANAS, M.ª Carmen (dirs), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 271-335.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel - ARNALDO PLANAS, M.ª Carmen (dirs), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

GSELL, Beate-ARALDI, Rodrigo, «Plazos de las medidas correctores en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes», CDT, 2020, 2, pp. 475-495.

GSELL, Beate, Art. 14 DCD, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, pp. 241-271.

HOWELLS, Geraint - WHITE, Fidelma, «Ireland», en DE FRANCESCHI, Alberto –SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 357-379.

JANSSEN, André, «The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update», en LOHSSE, Sebastian – SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Smart Products*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 91-107.

KALAMEES, Piia, «Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation», *JIPITEC*, 2020, 3, pp. 131-142.

KEIRSBILCK, Bert - TERRYN, Evelyne, «Belgium», en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 69-88.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, Art. 123 TR-LGDCU, en BERCOVITZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2015, pp. 1775-1795.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley* n.º 9461, de 22 de julio de 2019, pp. 1-16.

MARKOU, Christiana, «Cyprus», en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 139-165.

MARTÍNEZ GÓMEZ, Sheila, «Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes de consumo tras la transposición de la directiva (UE) 2019/771 mediante RD Ley 7/2021 de 27 de abril», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, pp. 1-21.

MESA MARRERO, Arts. 122, 124 TR.LGDCU, CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, T. II, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1793-1800; pp. 1810-1815.

MORAIS CARVALHO, Jorge, «La incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al ordenamiento jurídico portugués», en ARNAU RAVENTÓS, Lidia (ed.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 195-212.

MORAIS, Jorge, «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, Esther - CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 31-47.

MUNUKKA, Jori, «Sweden», en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 649-677.

ROSENKRANZ, Art. 10 DCD, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, pp. pp. 183-199.

RÜFNER, Thomas, Art. 18:101, en ZIMMERMANN, Reinhard - JANSEN, Nils (eds.), *European Contract Laws*, OUP, Oxford, 2019, pp. 1961-1972.

SÁNCHEZ LERÍA, «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», InDret, 2021, 4, pp. 33-87.

SCHMITT, Thomas Rainer, «A new warranty law for digital content ante portas», University of Vienna Law Review, 2018, 2-1, pp. 1-35.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Digital obligations of sellers of smart devices under the Sale of Goods Directive 771/2019», en LOHSSE, Sebastian - SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Smart Products*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 47-61.

SCHULZE, «Germany», en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 273-300.

SCHULZE, Reiner, Art. 5 DCD, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, pp. 96-107.

SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020.

SCHULZE, Reiner - ZOLL, Frydryk, *European Contract Law*, 3.ª ed., Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021.

SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012.

SEIN, Karen, «Estonia», en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 211-228.

SEIN, Karen - SPINDLER, Gerald, «The New Directive on Contracts or the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply - Part 1», ERCL, 2019, 15-3, pp. 257-279.

SEIN, Karen - SPINDLER, Gerald, «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services - Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», ERCL, 2019, 15-4, pp. 365-391.

SIMON, Rita - HRÁDEK, Jiří, «Czech Republic» en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 167-190.

STABENTHEINER, Johannes - WENDEHORST, Christiane - ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019.

STAUDENMAYER, Dirk, «Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte», NJW, 2019, 35, pp. 2497-2501.

STAUDINGER, Ansgar - ARTZ, Markus, *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte. Einführung in das neue Recht*, Beck, München, 2022.

TORRELLES TORREA, E., «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», CDT, 2023, 1, pp. 846-878.

TORRELLES TORREA, Esther, Art. 123 TR-LGDCU, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1111-1121.

TSOLAKIDIS, Zafeirios N., «Greece», en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 301-318.

TUR FAÚNDEZ, M.ª Nélida, «El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/202, de 27 de abril», *LaLey Mercantil*, 83, septiembre 2021, pp. 1-15.

TWIGG-FLESSNER, Christian, «Conformity of Goods and Digital Content/ Digital Services», en ARROYO AMAYUELAS, Esther - CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dirs), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2020, pp. 49-78.

VIITANEN, Klaus, «Finland», en DE FRANCESCHI, Alberto - SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Contract Law*, Hart-Beck-Nomos, 2023, pp. 229-247.

VON BAR, Christian, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, I, Beck, München, 2015.

WENDEHORST, Christiane, «The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer», en LOHSSE, Sebastian - SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Smart Products*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 63-90.

WENDEHORST, Christiane, «Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen. Das neue Gewährleistungsrecht auf dem Prüfstand», en STABENTHEINER, Johannes - WENDEHORST, Christiane - ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, pp. 111-139.

WENDEHORST, Christiane, «Consumer contracts and the Internet of Things», en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 189-223.

WENDEHORST, Christiane, Art. 5 Reg CESL, en SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 40-49.

ZIMMERMANN, Reinhard, Art. 14:307, en ZIMMERMANN, Reinhard JANSEN, Nils (eds.), *European Contract Laws*, OUP, Oxford, 2019, pp. 1867-1869.

ZÖCHLING-JUD, Brigitta, «Beweislast und Verjährung», en STABENTHEINER, Johannes - WENDEHORST, Christiane - ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, pp. 197-213.

ZOLL, Fryderyk, Arts. 11, 12 DCD, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, pp. 199-212; pp. 212-221.

VIII

Remedios asociados a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales[1]

ROSA MILÀ RAFEL
Investigadora Ramón y Cajal
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REMEDIOS ASOCIADOS A LA FALTA DE CONFORMIDAD: CUESTIONES GENERALES. *1. Enumeración de los remedios asociados a la falta de conformidad.* 1.1. Remedios armonizados: puesta en conformidad, reducción del precio y resolución del contrato. 1.2. Remedios no armonizados: indemnización por daños y perjuicios y suspensión del pago del precio. *2. Jerarquía de los remedios por falta de conformidad.* 2.1. Armonización plena de la jerarquía de remedios por falta de conformidad. 2.2. Discusión sobre la necesidad de la jerarquía de remedios: introducción de la letra d) en el artículo 14.4 DCD. *3. Notificación de la falta de conformidad y ejercicio de los remedios. 4. Compatibilidad de los remedios por falta de conformidad con las acciones basadas en el derecho general de contratos.* 4.1. Ámbito de armonización de la DCD y relaciones con el derecho contractual general de los Estados miembros (artículo 3.10 y considerando 12 DCD). 4.2. Compatibilidad de los remedios por falta de conformidad del TRLGDCU con los remedios previstos en el derecho contractual general. A) Incompatibilidad con las acciones de saneamiento previstas en el Código Civil (artículo 116, párrafo 1.º, TRLGDCU). B) Compatibilidad con los remedios generales frente al incumplimiento del Código civil (artículo 1124 CC). III. PUESTA

1. Esta publicación es parte de la ayuda para contratos Ramón y Cajal (RYC2019-026507-I) financiada por MICIU/AEI /10.13039/501100011033 y por el FSE invierte en tu futuro. También es parte del proyecto «Responsabilidad contractual y extracontractual de las plataformas en línea» (PID2021-126354OB-I00) (IP: Carlos Gómez) financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

EN CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES. *1. Derecho del empresario a escoger la forma específica de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad. 2. Reglas aplicables a la puesta en conformidad.* 2.1. En un plazo razonable. 2.2. Gratuidad. 2.3. Sin mayores inconvenientes para el consumidor. *3. Límites de la puesta en conformidad.* 3.1. Imposibilidad. 3.2. Costes desproporcionados. IV. REDUCCIÓN DEL PRECIO Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. *1. Consideraciones generales. 2. Supuestos en los que el consumidor puede exigir los remedios de segundo nivel.* 2.1. Imposibilidad o desproporción de costes de la puesta en conformidad. 2.2. Falta de puesta en conformidad en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes. 2.3. Aparición de cualquier falta de conformidad, después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad. 2.4. Gravedad de la falta de conformidad. 2.5. Fracaso anticipado de la puesta en conformidad. *3. Reducción del precio.* 3.1. Consideraciones generales. 3.2. Cálculo de la reducción del precio. A) Regla general. B) Regla especial para los contenidos o servicios digitales que se suministran de forma continua a lo largo del tiempo. 3.3. Relación con la indemnización por daños y perjuicios. 3.4. Ejercicio y efectos. *4. Resolución del contrato por falta de conformidad.* 4.1. Introducción. 4.2. Requisitos de la resolución del contrato por falta de conformidad. A) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio. B) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. 4.3. Alcance del derecho de resolución. A) Suministro de múltiples contenidos o servicios digitales en virtud de un único contrato y falta de conformidad que afecta a alguno o algunos de ellos. B) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período y falta de conformidad que afecta a un período de tiempo determinado. *5. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario.* 5.1. Introducción. 5.2. Plazos de reembolso. 5.3. Modalidades de reembolso. V. SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO. *1. Ausencia de armonización de la suspensión del pago del precio en la DCD. 2. Reconocimiento del derecho a suspender el pago del precio en caso de falta de conformidad en el TRLGDCU y en el CCCat.* 2.1. Suspensión del pago del precio en el TRLGDCU. 2.2. Suspensión del pago del precio en el CCCat. *3. Análisis de la suspensión del pago del precio en el TRLGDCU.* 3.1. Incumplimiento que permite activar la suspensión del pago del precio: falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. 3.2. Obligaciones del empresario respecto de las cuales puede ejercerse el derecho de suspensión. Compatibilidad de la suspensión con el resto de remedios. 3.3. Alcance de la suspensión del pago del precio. A) Suspensión total o parcial del pago

del precio. B) Suspensión total o parcial, en la medida justificada por el incumplimiento del empresario. C) La suspensión procede incluso si la falta de conformidad es leve o de escasa importancia. 3.4. Ejercicio y efectos. A) Ejercicio. B) Efectos. VI. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. *1. Ausencia de armonización de la indemnización por daños y perjuicios por falta de conformidad en la DCD. 2. Indemnización por daños y perjuicios en el TRLGDCU y el CCCat.* 2.1. Reconocimiento del derecho a una indemnización por daños y perjuicios en caso de falta de conformidad; 2.2. Compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con el resto de remedios; 2.3. Régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este capítulo es analizar el régimen jurídico de los remedios asociados a la falta de conformidad en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales establecido en la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[2] (en adelante, DCD), así como su correspondiente transposición en el derecho español.

En el ordenamiento jurídico español, la DCD fue transpuesta por medio del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril[3] (en adelante RDL 7/2021), que modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)[4]. El legislador español optó por transponer la DCD y la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes[5] (en adelante, DCV) de manera conjunta en un mismo texto normativo. Además, refundió las previsiones

2. DOUE L 136/1, de 22.5.2019.
3. De transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE núm. 101, de 28.4.2021),
4. Aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30.11.2007).
5. DOUE L 136/1, de 22.5.2019.

normativas de ambas Directivas en los mismos artículos del TRLGDCU[6]. En consecuencia, el TRLGDCU regula de manera conjunta los remedios por falta de conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales[7]. Sin embargo, este capítulo se ocupa principalmente de la aplicación de esta regulación al suministro de contenidos o servicios digitales.

Además, en aquellos aspectos más destacados, en este capítulo también se analiza la transposición de la DCD en el libro sexto del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat), realizada por medio del Decreto Ley 27/2021, de 14 de diciembre[8] (en adelante, DL 27/2021). El legislador catalán optó por crear una nueva sección en el capítulo I relativo a los contratos con finalidad transmisora, que lleva por título «Suministro de contenidos y servicios digitales» (artículos 621-67 a 621-78 CCCat)[9]. Para evitar la duplicidad de normas en los aspectos en los que la DCV y la DCD coinciden, el artículo 621-67.2 CCCat prevé que en aquello no regulado expresamente en la sección cuarta relativa al suministro de contenidos y servicios digitales deben aplicarse las reglas de la sección primera relativa a la compraventa, «en la medida que sean compatibles con la naturaleza del contrato»[10]. La

6. Exposición de motivos, IX, del RDL 7/2021. Sobre ello véase, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, núm. 9881, 2021, p. 6.
7. De acuerdo con ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 132-133: «Al margen de las ventajas y de la confusión que haya podido generar la transposición conjunta de las Directivas, e inclusive de las lagunas legales que nuestro legislador no ha salvado, en relación con los remedios concedidos al consumidor nos parece una medida acertada que hayan transpuesto conjuntamente en el derecho interno, porque ambas parten del esquema de protección previsto en la Directiva 1999/44».
8. De incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código civil de Cataluña (DOGC núm. 8564, de 16.12.2021).
9. Sobre la ubicación sistemática elegida por el legislador catalán para incorporar la DCD en el libro sexto del CCCat véase, ARNAU RAVENTÓS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 59-62.
10. Tal como pone de relieve ARNAU RAVENTÓS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit.*, p. 87, «esta remisión facilita, técnicamente, que aquellas reglas en las que las DCD y DCV prácticamente coinciden no deban incorporarse por partida doble: basta con que figuren en los arts. 621-1 y ss. CCCat y la remisión del art. 621-67-2 CCCat hace el resto».

aplicación de las normas del contrato de compraventa al contrato oneroso por el que se suministran contenidos o servicios digitales es independiente de la naturaleza jurídica del contrato en cuestión (que podría ser calificado de contrato de compraventa, de servicios, de arrendamiento o de contrato atípico).

El legislador catalán ha optado por generalizar las reglas de la sección primera, relativa al contrato de compraventa, y de la sección cuarta, relativa al suministro de contenidos y servicios digitales, del libro sexto a cualquier contratante[11]. En consecuencia, las normas del contrato de compraventa y del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales del CCCat son aplicables a cualquier tipo de contrato, con independencia que aquel pueda ser o no calificado de contrato de consumo (B2B, B2C y C2C). Ahora bien, los preceptos de la sección primera y la sección cuarta únicamente tienen carácter imperativo si el contrato es de consumo (artículos 621-2 y 621-67.3 CCCat).

II. REMEDIOS ASOCIADOS A LA FALTA DE CONFORMIDAD: CUESTIONES GENERALES

1. ENUMERACIÓN DE LOS REMEDIOS ASOCIADOS A LA FALTA DE CONFORMIDAD

1.1. Remedios armonizados: puesta en conformidad, reducción del precio y resolución del contrato

La DCD armoniza plenamente las medidas correctoras o remedios de los que dispone el consumidor en caso de incumplimiento del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, distinguiendo, por un lado, los remedios por incumplimiento del suministro (artículo 13) y, por el otro, los remedios en caso de falta de conformidad (artículo 14). Además, la Directiva establece reglas sobre las condiciones en las que el consumidor puede exigir dichos remedios (artículos 15, 16, 17 y 18)[12].

La DCD, del mismo modo que la DCV, reconoce al consumidor los remedios ya comprendidos en la ahora derogada Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo[13] (en

11. Exposición de motivos del Decreto Ley 27/2021, apartado IV.
12. Artículo 1.1 DCD.
13. DOCE núm. 171, de 7-7-1999.

adelante, Directiva 1999/44). Ahora bien, la DCD incluye varias modificaciones relevantes en relación con el sistema de remedios de la Directiva 1999/44 y adapta sus reglas a las especialidades que presentan los contenidos o servicios digitales[14], entre otras, que aquellos pueden ser suministrados a cambio de datos personales.

En efecto, la DCD incluye en su ámbito de aplicación los contratos de suministro contenidos o servicios digitales no solo si el consumidor paga un precio a cambio, sino también si aquél facilita o se compromete a facilitar datos personales (artículo 3.1 DCD). De esta manera, la Directiva reconoce la existencia de un mercado de contenidos y servicios digitales en los que los consumidores facilitan datos personales al empresario y garantiza que estos «(…) consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales» (considerando 24 DCD).

En particular, en caso de falta de conformidad, el artículo 14.1 DCD reconoce al consumidor tres remedios: la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales, la reducción proporcionada del precio y la resolución del contrato[15]. El TRLGDCU prevé estos remedios, en su artículo 117.1, párrafo primero, rubricado los «derechos del consumidor y usuario en caso de falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales». En el derecho catalán, las mismas medidas correctoras se incluyen en el artículo 621-37 CCCat, relativo a los remedios del comprador y del vendedor, aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales en virtud de la remisión que el artículo 621-67.2 CCCat hace a las normas de la compraventa[16].

---

14. STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, Volume 28, Issue 2, 2020, p. 242; SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, 3.ª edición, Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 256; CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit.*, p. 15.
15. Considerando 62 DCD.
16. En particular, el artículo 621-37 CCCat reconoce los siguientes remedios en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales: el cumplimiento específico, de acuerdo con el contrato, que incluye la reparación, la sustitución o cualquier otra medida de corrección de la falta de conformidad; la suspensión del cumplimiento de las respectivas obligaciones; la resolución del contrato; la reducción del precio; y una indemnización por daños y perjuicios. Por otro lado, el artículo 621-39.2 CCCat se refiere, en particular, al derecho del comprador «a suspender el pago de todo o parte del precio hasta que el vendedor no cumpla las obligaciones derivadas de la puesta en conformidad del bien».

1.2. Remedios no armonizados: indemnización por daños y perjuicios y suspensión del pago del precio

La DCD da libertad a los Estados miembros para otorgar a favor del consumidor otros dos remedios en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales adquiridos, así como para establecer su régimen jurídico: la indemnización por daños y perjuicios (artículo 3.10 y considerando 73 DCD); y la suspensión del pago del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad (considerando 15 DCD). En consecuencia, la DCD deja fuera del ámbito de armonización estos dos remedios, que se rigen por lo establecido en la legislación nacional[17].

El derecho del consumidor a exigir una indemnización por daños y perjuicios y la suspensión del pago del precio tampoco se encontraban regulados en la Directiva 1999/44. Con todo, su artículo 8.1 los dejaba a salvo cuando afirmaba que la Directiva no afectaba otros derechos que el consumidor pudiera invocar frente al empresario en virtud de las normas nacionales sobre responsabilidad contractual o extracontractual[18]. Por el contrario, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (*Common European Sales Law*) (en adelante, CESL)[19] sí que proponía incluir ambos derechos en la lista de remedios del comprador del artículo 106.1 y desarrollaba su régimen jurídico. En concreto, en el artículo 113 CESL, relativo al derecho del comprador a suspender el cumplimento, y en el capítulo 16 CESL, dedicado a la indemnización de los daños y perjuicios e intereses. El CESL reconocía estos remedios no solo a las partes del contrato de compraventa, sino también a las del contrato de suministro de contenidos digitales.

En el derecho español, el artículo 117.1 TRLGDCU incluye la indemnización por daños y perjuicios entre los remedios que el consumidor tiene frente al empresario en caso de falta de conformidad del bien, contenido o

17. Crítico con la ausencia de armonización por la DCV de la indemnización por daños y perjuicios véase GÓMEZ POMAR, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *InDret*, núm. 4, 2019, p. 6.
18. En consecuencia, tal y como señala BIANCA, M. C., «Article 3. Rights of the consumer», en BIANCA, M. C., GRUNDMANN, S. (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, p. 175, no había duda que el comprador podía ejercer el remedio indemnizatorio regulado en el derecho nacional.
19. Publicada el 11 de octubre de 2011 (COM [2011] 635 final).

servicio digital. De acuerdo con el artículo 116, 2.º párrafo, TRLGDCU, la indemnización por daños y perjuicios procede en todo caso. Por lo tanto, el consumidor puede exigirla de manera adicional a la subsanación de la falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. El régimen jurídico del derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad no se encuentra regulado en las disposiciones del TRLGDCU relativas a las medidas correctoras por falta de conformidad, aunque lo permitía la DCD[20]. El artículo 116, segundo párrafo, TRLGDCU, prevé que el derecho del consumidor a ser indemnizado se rige por aquello previsto en la legislación civil y mercantil. En el derecho vigente, el régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios se encuentra en las reglas generales contenidas en el Código Civil[21].

En relación con el derecho del consumidor a suspender una parte del precio, el artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU reconoce al consumidor el derecho a suspender el pago del precio, no solo en el contrato de compraventa, sino también con el contrato de contenidos o servicios digitales. De esta manera, el legislador español del RDL 7/2021 hizo uso de la opción que la DCD daba a los Estados miembros y elevó el nivel de protección ofrecido al consumidor de contenidos o servicios digitales[22]. En concreto, el artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU se refiere al «derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el presente título». Con todo, el legislador español no ha desarrollado en el TRLGDCU las condiciones y modalidades de la suspensión de la obligación de pago por parte del consumidor, a pesar de que la DCV lo admitía[23].

---

20. CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 16.
21. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», en CARRASCO PERERA, A. (Dir.) *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 292.
22. En este sentido, véase CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 18.
23. Crítico con la ausencia de regulación de este remedio por el legislador español, véase CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, pp. 8 y 16.

2. JERARQUÍA DE LOS REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD

2.1. Armonización plena de la jerarquía de remedios por falta de conformidad

La DCD da prioridad a una forma de cumplimento específico del contrato, la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales[24]. De acuerdo con el artículo 14 DCD, en caso de falta de conformidad, en primer lugar y por regla general, el consumidor tiene derecho a exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad. La puesta en conformidad es, por lo tanto, el remedio primario. En segundo lugar, el consumidor podrá exigir la reducción del precio o la resolución del contrato, que son los remedios secundarios o subsidiarios –excepto en el supuesto de la letra d) del artículo 14.4 DCD, en el que estos remedios pueden exigirse directamente–.

La DCD sigue la misma la jerarquía y secuencia de remedios que establecía la Directiva 1999/44[25], si bien a diferencia de la anterior, armoniza plenamente esta cuestión, por lo que los Estados miembros no pueden establecer disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel diferente de protección de los consumidores, salvo que se disponga otra cosa en los preceptos de la Directiva (artículo 4 DCD)[26]. En cambio, la Directiva 1999/44, al ser de armonización mínima, permitía a los Estados miembros prescindir de la jerarquía de remedios en su legislación nacional, si con ello aumentaban el nivel de protección de los consumidores[27].

---

24. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (eds.), EU *Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, München, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, p. 243.

25. Artículo 3 Directiva 1999/44.

26. El considerando 11 DCD afirma que «deben armonizarse plenamente las normas sobre (…) las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o de incumplimiento en el suministro y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras (…)». Estas normas «facilitarían a las empresas, especialmente a las pymes, la posibilidad de ofrecer sus productos en otros Estados miembros. Los consumidores gozarían de un alto nivel de protección y de un mayor bienestar gracias a la plena armonización de las principales normas».

27. La Directiva 1999/44 únicamente garantizaba un nivel mínimo uniforme de protección a los consumidores, estando los Estados miembros autorizados a mejorar los estándares establecidos mediante la introducción de reglas que garantizaran un nivel de protección superior al consumidor (artículo 1.1 Directiva 1999/44/CE). Por ello «las disposiciones nacionales que transponen la Directiva 1999/44/CE difieren significativamente» en aspectos tales, «(…) como la ausencia o existencia de una jerarquía entre las medidas correctoras» (considerando 6 DCV).

El artículo 14.4 DCD (artículo 119 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76 CCCat, que se remite al artículo 621-40 CCCat) prevé la transición del remedio primario a los secundarios cuando concurra alguna de las cinco circunstancias establecidas en el precepto. De manera paralela a lo que se disponía en la Directiva 1999/44[28], el consumidor puede solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato si no se cumplen los requisitos para que el empresario ponga los contenidos o servicios digitales en conformidad. Esto es, la puesta en conformidad es imposible o desproporcionada [artículos 14.4.a) DCD y 119.a) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* los artículos 621-40.a) y 621-38.7 CCCat CCCat]; o no se ha podido realizar en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin causar mayores inconvenientes [artículos 14.4.b) DCD y 119.c) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.a) CCCat][29].

Además, el artículo 14.4 DCD ha matizado la jerarquía y secuencia de los remedios por falta de conformidad de la Directiva 1999/44, y reconoce al consumidor el derecho a solicitar una reducción del precio o la resolución del contrato, en otras tres situaciones adicionales que no se preveían en la anterior directiva. Cuando «subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad» [artículos 14.4.c) DCD y 119.d) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.b) CCCat]. Cuando «la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato» [artículos 14.4.d) DCD y 119.e) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.c) CCCat]. O en caso de que «el empresario ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor» [artículos 14.4.e) DCD y 119.f) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.a) CCCat].

La jerarquía de remedios es uno de los principales instrumentos que la DCD emplea para equilibrar los intereses de los empresarios y de los consumidores en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales[30]. En concreto, el interés del empresario en tener una segunda

28. Artículo 3.5 Directiva 1999/44.

29. El 621-40.a) CCCat se remite, erróneamente, al 621-38.3, a y b, CCCat. Tal como advierte ARNAU RAVENTÓS, L. «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit*, p. 80, esta remisión debería ser al artículo 621-38.3 y 4 CCCat.

30. ZOLL, F., «The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, no. 6, 2016, p. 250; y FAUVARQUE-COSSON, B., «The new proposal for harmoni-

oportunidad para cumplir de manera conforme con el contrato y recibir íntegramente la contraprestación pactada, antes que el consumidor pueda resolver el contrato o exigir una reducción del precio; y, por otro lado, el interés del consumidor en poder exigir de manera inmediata la resolución del contrato o una reducción del precio en caso de que concurra alguna de las causas previstas en el artículo 14.4, c), d) y e) DCD.

A pesar de que el legislador europeo tiene como objetivo armonizar plenamente las normas sobre jerarquía y secuencia de remedios del consumidor en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales[31], cabe destacar que esta armonización no es del todo completa. El motivo es que, como ya se ha mencionado, la DCD deja fuera de la armonización plena el régimen jurídico de dos remedios cuya regulación depende de la legislación nacional de los Estados miembros: la indemnización por daños y perjuicios y la suspensión del pago del precio. La relación de estos remedios con los regulados en la DCD, así como su inclusión en el orden de jerarquía, son cuestiones no armonizadas, que vendrán determinadas por las distintas soluciones adoptadas en la legislación de cada Estado Miembro[32].

El TRLGDCU, en sus artículos 118 y 119, contempla la misma estructura de remedios que el artículo 14 DCD. En relación con la indemnización por daños y perjuicios derivados por la falta de conformidad, el artículo 116 TRLGDCU prevé que esta es exigible «en todo caso, por el consumidor o usuario». Por lo tanto, la indemnización por daños y perjuicios es compatible con el resto de remedios, con los que puede acumularse. En relación con la suspensión del pago del precio, el TRLGDCU no prevé ninguna norma en relación con su orden en la secuencia de remedios, si bien cabe defender que se trata de un remedio compatible con el resto de remedios[33].

---

sed rules for certain aspects concerning Contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)», European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2016, pp. 8-9.

31. Considerando 11 DCD.

32. Ello comporta, tal y como ha señalado GÓMEZ POMAR, F., «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 521-522, en relación con la DCV, que «la jerarquía y secuencia de remedios [sea] menos importante de lo que se podría pensar a primera vista».

33. En este sentido, véanse ARROYO I AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 11.1, 2022, pp. 38-39. Para un análisis de la compatibilidad de la suspensión

En el derecho catalán, el CCCat también sigue la jerarquía de remedios de la DCD, en los artículos 621-38, 621-40 y 621-76 CCCat. Todos los remedios del adquirente se pueden acumular con la indemnización por daños y perjuicios (artículo 621-37.2 CCCat). Además, el adquirente siempre puede suspender el pago de todo o parte del precio hasta que el suministrador cumpla las obligaciones derivadas de la puesta en conformidad (artículo 621-39.2 CCCat).

2.2. Discusión sobre la necesidad de la jerarquía de remedios: introducción de la letra d) en el artículo 14.4 DCD

Tras la presentación de la Propuesta de DCD por la Comisión en 2015 (en adelante, PDCD-COM)[34], las asociaciones de consumidores y una parte de la doctrina criticaron que se estableciera la jerarquía de remedios y que no se permitiera al consumidor de contenidos o servicios digitales resolver el contrato de manera inmediata, sin necesidad de exigir previamente la puesta en conformidad[35].

El principal fundamento de la prioridad del cumplimento específico se encuentra en el principio de conservación del contrato, que protege el interés del empresario en mantener el contrato y el interés del consumi-

---

del pago del precio con el resto de remedios previstos en el artículo 117.1 TRLGDCU, véase en este trabajo, el apartado 3.2. Obligaciones del empresario respecto de las cuales puede ejercerse el derecho de suspensión. Compatibilidad de la suspensión con el resto de remedios, dentro del epígrafe V. Suspensión del pago del precio.

34. COM (2015) 634 final, Bruselas, 9.12.2015.

35. Sobre ello, véase MAK, C., «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis», European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2016, pp. 24-25. La autora es crítica con la jerarquía de remedios, pero enumera tres argumentos a favor de la misma. Es una solución que genera menos costes de transacción, las reglas son similares a las de la Directiva 99/44/EC y, por lo tanto, ya son conocidas por los consumidores y las empresas y, por último, evitan diferencias en caso de contratos mixtos que combinan compraventa de bienes y servicios digitales. Por otro lado, el EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634, 2016*, p. 31, propuso reconocer al consumidor, que ha recibido contenidos digitales no conformes, el derecho a resolver inmediatamente el contrato, permitiéndole recuperar el precio pagado sin deducción por el uso, siempre que aquel derecho se ejerciera dentro de un período corto de tiempo (catorce días). Con todo, excluían la resolución si la falta de conformidad era menor.

dor en obtener contenidos o servicios digitales conformes[36]. Sin embargo, se ha cuestionado que la prioridad de este remedio proteja tanto el interés del empresario, como el del consumidor, puesto que una norma que permitiera al consumidor escoger el remedio que considere conveniente sería, sin duda, más favorable a los intereses de aquel[37]. Esta solución ya había sido adoptada en algunas legislaciones nacionales de transposición de la Directiva 1999/44, para el caso de las ventas de consumo. Por otro lado, era la regla contenida en el CESL, que permitía al consumidor optar directamente por la resolución del contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos digitales en caso de falta de conformidad, salvo que aquella fuera insignificante (artículo 114.2 CESL)[38]. Además, el CESL excluía, en este tipo de contratos, el derecho del vendedor a subsanar (artículo 106.3.a) CESL)[39].

---

36. En este sentido, en relación con la Directiva 1999/44, BIANCA, M. C., «Article 3. Rights of the consumer», *op. cit.*, p. 160, señala que: «*repair of the goods represents the optimum remedy. This, in fact, permits full preservation of the contract and safeguards both the interest of the buyer regarding conformity of the goods as well as the interest of the seller in obtaining recognition of his performance under the contract*». En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1728, afirma que: «en línea de principio, esta es la solución que de mejor manera satisface el interés del acreedor, que no es otro que obtener un bien que sea conforme al contrato».

37. En este sentido, en relación con la DCV, véanse ARROYO I AMAYUELAS, E., «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *InDret*, núm. 3, 2016, p. 18; y CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p. 188.

38. En relación con el artículo 114.2 CESL, véase ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Ch. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 516-518, quien señala que: «*in practical terms, it means that the principle of pacta sunt servanda is strongly relaxed in B2C contracts*».

39. Sobre ello, véanse CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, núm. 3, 2016, p. 55; y ARROYO I AMAYUELAS, E., «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *op. cit.*, p. 18. Sobre las críticas al régimen jurídico del remedio resolutorio en el CESL, véase GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 67, núm. 4, 2014, pp. 1235-1246.

En el caso concreto del suministro de contenidos o servicios digitales se han esgrimido algunos argumentos específicos a favor de la eliminación de la jerarquía de remedios, siempre que aquellos tengan carácter intangible y, por lo tanto, que no se hayan suministrado en un soporte material. En concreto, a diferencia de lo que sucede en la compraventa de bienes[40], en el suministro de contenidos o servicios digitales la resolución inmediata del contrato genera pocos costes de restitución, puesto que no lleva aparejada los costes de desmontaje y transporte, y los contenidos o servicios digitales restituidos no sufren una pérdida de valor derivada del uso, a diferencia de los bienes deteriorables[41]. Estos inconvenientes de la resolución son mucho menores, incluso inexistentes, en el caso de los contenidos y servicios digitales. Por último, en el caso de los contenidos digitales intangibles, la prioridad de la puesta en conformidad –y, en particular, de la reparación–, para fomentar el consumo sostenible, no tiene la misma importancia que en la compraventa de bienes[42].

Con todo, existen argumentos relevantes a favor de la excepcionalidad de la resolución y, por tanto, en contra de la eliminación de la jerarquía de remedios[43]. En primer lugar, en algunos casos, el consumidor podría ejercer el remedio resolutorio de manera oportunista, como medio para desligarse de un contrato en el cual ya no tiene interés. Sin embargo, en los casos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período de tiempo, la resolución no afecta a los períodos

---

40. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2021, p. 1226, señala que «la liquidación restitutoria de un contrato por el que se ha entregado la posesión de un bien al adquirente comporta el reingreso del activo en el patrimonio del transmitente después de que el bien haya sido poseído y empleado por el contratante que resuelve; el bien habrá perdido valor en su poder, (…) con el resultado, (…) de que el vendedor habrá perdido en buena medida la posibilidad de reemplazarlo o comercializarlo».

41. En este sentido, véase ZOLL, F., «The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content», *op. cit.*, p. 250.

42. Considerando 48 DCV. En relación con la prioridad de la puesta en conformidad fundamentada en el fomento del consumo sostenible, véase DE FRANCESCHI, A., «Consumer's remedies for defective goods with digital elements», *JIPITEC,* 2, 2021, p. 144.

43. En relación con los problemas ligados al ejercicio del remedio resolutorio desde una perspectiva económica, véase GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual», *op. cit.*, pp. 1232-1235. En relación con el fundamento de la excepcionalidad de la resolución del artículo 1124 CC, véase CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.,* pp. 1225-1227.

en que no hubo falta de conformidad [artículos 16.1, 2.º párrafo, DCD y 119 ter.5.a), 2.º párrafo, TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.3 CCCat], con lo que el uso estratégico y oportunista de la resolución por el consumidor es previsiblemente menor.

En segundo lugar, la resolución en caso de falta de conformidad puede resultar más costosa para las partes que el cumplimiento específico, si su ejercicio comporta la restitución de un bien al transmitente. Ello sucede, por ejemplo, en los contratos de suministro de contenidos digitales en soporte material que sirve exclusivamente como portador de dichos contenidos digitales, como DVD, CD o memorias USB y tarjetas de memoria, que se rigen por las reglas de la DCD[44]. Por último, la resolución podría comportar la pérdida de las inversiones específicas que el suministrador de los contenidos o servicios digitales ha hecho en el cumplimento del contrato, sin recibir una compensación a cambio, tal como podría suceder en el caso de contenidos o servicios digitales personalizados, que también se incluyen en el ámbito de aplicación de la DCD[45].

Finalmente, la tesis de eliminar la jerarquía de remedios asociados a la falta de conformidad en la DCD no prosperó durante el proceso legislativo. No obstante, la regla del artículo 14.4 DCD, que permite la transición a los remedios de segundo nivel, fue flexibilizada en el texto final de la DCD, respecto de la regla prevista en la PDCD-COM. En concreto, en el precepto se introdujo la letra d), que permite al consumidor exigir directamente una reducción del precio o la resolución –esto es, sin necesidad que previamente el consumidor haya exigido la puesta en conformidad–, si está justificado dada la gravedad de la falta de conformidad[46].

---

44. Artículo 3.3 y considerando 20 DCD.

45. Artículo 3.2 DCD. ZOLL, F., «The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content», *op. cit.*, p. 250.

46. En este trabajo véase un análisis exhaustivo del artículo 14.4 DCD.b) en el apartado 2.4. Gravedad de la falta de conformidad dentro del epígrafe IV. Reducción del precio y resolución del contrato. La regla es fruto del compromiso, durante el proceso legislativo, entre los Estados miembros que reconocían, en su legislación nacional de transposición de la Directiva 1999/44, un orden de jerarquía estricto de remedios en la compraventa de bienes y aquellos que permitían al consumidor la libre elección de aquellos. Tal y como explican SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 4, 2019, p. 375; y STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 245.

3. NOTIFICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD Y EJERCICIO DE LOS REMEDIOS

El derecho del consumidor a ejercer los remedios reconocidos en los artículos 14.1 DCD y 117.1 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-37 CCCat) ante la falta de conformidad presupone que concurren los requisitos legales para que el empresario sea responsable de la misma. Por lo tanto, que en el caso concreto se da una falta de conformidad en los contenidos o servicios digitales en los términos regulados por los artículos 7, 8 y 9 DCD y 115 a 115 quater TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* los artículos 621-20 a 621-22 CCCat)[47]; y que esta falta de conformidad se ha producido o manifestado dentro de los límites temporales previstos en los artículos 11.2 y 3 DCD y 120 a 124 TRLGDCU (en el derecho civil catalán, *vid.* los artículos 621-23 y 621-44 CCCat)[48]. Por otro lado, el consumidor debe ejercer, judicial o extrajudicialmente, los remedios dentro del plazo de prescripción de cinco años contados desde la manifestación de la falta de conformidad establecido en el artículo 124 TRLGDCU (en el derecho civil catalán, *vid.* el artículo 621-44 CCCat)[49].

La DCD prohíbe, en su considerando 11, a los Estados miembros establecer «ningún otro requisito formal o sustantivo» para el ejercicio de los remedios y, en particular, que se imponga «al consumidor la obligación de notificar al empresario la falta de conformidad dentro de un plazo determinado». Por el contrario, la DCV permite, en su artículo 12, a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones de este tipo, siempre que se respete un «plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor» haya detectado la falta de conformidad[50].

Tras la trasposición de las DCD y DCV, el TRLGDCU no regula la obligación del consumidor de notificar la falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales al empresario dentro de un plazo determinado.

---

47. En relación con la conformidad de los contenidos y servicios digitales, véase el capítulo 4 de esta obra, de Fernando Gómez Pomar.
48. Sobre la prescripción, caducidad y carga de la prueba aplicables a la responsabilidad y remedios por falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, véase el capítulo 7 de esta obra, de Esther Arroyo i Amayuelas.
49. El artículo 621-44 CCCat establece que las pretensiones y acciones derivadas de los remedios se extinguen en el plazo de tres años, contados desde el momento en que el comprador conoce o puede conocer la falta de conformidad.
50. Críticos con esta disparidad de criterios, SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 375.

El legislador del RDL 7/2001 optó por eliminar, a pesar de no estar obligado a ello, el antiguo artículo 123.5 TRLGDCU que imponía al consumidor y usuario el deber de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde el conocimiento de la misma, que se presumía, salvo prueba en contrario, efectuada dentro del plazo establecido.

El artículo 123.5 TRLGDCU podría haberse mantenido[51], incluso si se hubiera extendido su aplicación al suministro de contenidos o servicios digitales, porque no era contrario a la DCD. El motivo es que, bajo el régimen anterior a la reforma operada por el RDL 7/2001, el incumplimiento de la obligación de notificación tempestiva no comportaba la pérdida del derecho al saneamiento, sino la responsabilidad del consumidor por los daños y perjuicios causados al vendedor como consecuencia del retraso[52]. La eliminación de la norma puede deberse a la poca trascendencia, en la práctica, de la notificación de la falta de conformidad fuera de plazo[53].

A pesar de que el TRLGDCU no menciona expresamente la obligación del consumidor de informar al empresario de la falta de conformidad, es evidente que aquel debe ponerla en conocimiento del empresario en el momento en que ejercite los remedios[54]. De conformidad con el artículo 117.1 TRLGDCU, el consumidor o usuario puede exigir, mediante una simple declaración al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En relación con el derecho a resolver el contrato, el artículo 119 ter.1 TRLGDCU, que se corresponde con el artículo 15 DCD, contiene una regulación específica que exige «una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato». Por

51. A favor de la compatibilidad del antiguo artículo 123.5 TRLGDCU con la DCV, véase CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…)*, *op. cit.*, p. 345, quien, sin embargo, opina que es positivo que «el legislador estatal haya aprovechado la coyuntura que ofrecía la necesidad de transponer esta Directiva para intervenir sobre un precepto de dudosa utilidad y de nula incidencia práctica».

52. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 37-38.

53. En relación con la poca aplicación práctica del antiguo artículo 123.5 TRLGDCU, véanse ARROYO I AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *op. cit.*, p. 38; y CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…)*, *op. cit*., p. 345.

54. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», *op. cit.*, p. 9; CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…)*, *op. cit.*, p. 200.

otro lado, el artículo 118.4.b) TRLGDCU establece que las medidas correctoras «deberán llevarse a cabo en un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor o usuario de la falta de conformidad».

El consumidor puede, en consecuencia, ejercer cualquiera de los remedios en vía judicial o extrajudicial. En este último caso, el consumidor debe ejercer los remedios por medio de una declaración dirigida al empresario, que no está sujeta a requisitos especiales de forma en el TRLGDCU[55]. Tampoco pueden imponerse contractualmente requisitos especiales de forma[56]. Con todo, a efectos de prueba, al consumidor le interesará dejar constancia de la existencia y el contenido de la declaración[57].

En el derecho catalán, el CCCat sí que impone al adquirente de contenidos o servicios digitales el deber de notificar y describir al suministrador sin dilación indebida cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales (artículo 621-29.1 CCCat)[58]. El incumplimiento de este deber por parte del adquirente no comporta la pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad, sino que tiene como consecuencia la responsabilidad del adquirente por los daños y perjuicios derivados del retraso en la notificación (artículo 621-29.2 CCCat)[59]. Por lo tanto, el legislador catalán ha introducido una regla parecida a la del antiguo 123.5 TRLGDCU, si bien

55. SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 379; MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», *op. cit.,* p. 291; ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 134.

56. SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 379, quienes afirman que: «*Still, this does not preclude the trader from demanding some kind of authentication by the consumer as termination is of course valid only if exercised by the right person*».

57. STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 249; MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», *op. cit.,* p. 291.

58. Aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales en virtud del artículo 621-67.2 CCCat.

59. Tal como explica ARNAU RAVENTOS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit.*, p. 84, «en el art. 621-29 CCCat, la notificación ha perdido la fisonomía de condición legal para el ejercicio de un remedio (…) para convertirse en un deber (…)».

en lugar de establecer un límite temporal de dos meses, prevé que la notificación debe hacerse «sin dilación indebida». Por lo que hace al ejercicio de los remedios, en el CCCat todos los remedios pueden ejercerse judicial o extrajudicialmente[60].

4. COMPATIBILIDAD DE LOS REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD CON LAS ACCIONES BASADAS EN EL DERECHO GENERAL DE CONTRATOS

4.1. Ámbito de armonización de la DCD y relaciones con el derecho contractual general de los Estados miembros (artículo 3.10 y considerando 12 DCD)

El artículo 4 DCD establece la armonización plena de las materias reguladas en la Directiva, entre las que se encuentran «las medidas correctoras en caso de falta de conformidad (…) y las modalidades para exigirlas» (artículo 1 DCD). La armonización plena puede ser limitada en aquellos casos en los que la DCD lo «disponga de otro modo» (artículo 4 DCD), tal como sucede en materia de plazos de garantía y prescripción (artículo 11.2 y 3 DCD)[61].

En este contexto, se plantea la cuestión relativa a la compatibilidad de los remedios por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con otros remedios diferentes regulados en el derecho nacional contractual general, cuando su régimen jurídico se aparte de aquello previsto en la Directiva. En concreto, se discute si los Estados miembros pueden mantener o introducir en su derecho nacional un régimen complementario de responsabilidad sobre vicios ocultos o de responsabilidad por incumplimiento contractual, que garantice un nivel de protección de los consumidores diferente.

El artículo 3.10 DCD clarifica que su regulación no afecta el derecho contractual general de los Estados miembros y ofrece una lista no exhaustiva de materias no afectadas, en la que se incluye, entre otras, «el derecho a indemnización por daños y perjuicios». Este artículo se complementa con

60. ANDERSON, M., «Comentari a l'article 621-37. Remeis», en EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 372-386.

61. SCHULZE, R., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 3. Level of harmonisation», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (edrs.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Munchen, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, p. 95.

varios considerandos que precisan el ámbito de armonización plena de la DCD. Como se ha mencionado, la Directiva da libertad a los Estados miembros para otorgar a favor del consumidor la indemnización por daños y perjuicios (artículo 3.10 y considerando 73 DCD); y la suspensión del pago del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad (considerando 15 DCD).

La DCD no cuenta con un precepto equivalente al artículo 3.7 DCV, de acuerdo con el cual los Estados miembros pueden introducir o mantener, por un lado, disposiciones que alteren la jerarquía de remedios «si la falta de conformidad se manifiesta en un plazo no superior a 30 días después de la entrega» y, por otro, «normas nacionales que no sean específicas de los contratos con los consumidores, que establezcan acciones concretas para determinados tipos de vicios que no fueran manifiestos en el momento en que se celebró el contrato de compraventa»[62]. En la DCD, la referencia a la no afectación de los regímenes nacionales sobre vicios ocultos se contiene en los considerandos, en concreto, en el considerando 12, que prevé que no están afectadas por la Directiva: «(…) las normas nacionales que no se refieran específicamente a los contratos con consumidores (…) que puedan establecer normas específicas relativas a la responsabilidad del empresario por vicios ocultos (…)»[63].

En virtud de una posible primera interpretación del artículo 3.10 y el considerando 12 DCD, no sería contrario a la Directiva que los Estados

---

62. Críticos con el artículo 3.7 DCV, véanse GÓMEZ POMAR, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44, *op. cit.*, p. 5, quien señala que: "que el legislador europeo de 2019 se ha preocupado mucho de tranquilizar a los juristas de las distintas comunidades jurídicas nacionales (…) acerca de la intangibilidad de los Derechos nacionales de contratos. Pero esta política de "apaciguamiento" casa mal con la idea de armonización plena de la nueva Directiva, y genera algunas incoherencias de nota; DE FRANCESCHI, A., "Consumer's remedies for defective goods with digital elements", *op. cit.*, p. 152; y ARROYO I AMAYUELAS, E., "Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (compraventa de bienes y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)", *Revista CESCO,* núm. 41, 2022, p. 10, quien señala que: "la subsistencia del saneamiento por vicios es una decisión política», criticable desde el punto de vista jurídico, no solo en aras de la plena armonización en el mercado interior, sino también a la vista de los planteamientos tan distintos de los que parten la falta de conformidad y el saneamiento de vicios ocultos».

63. De acuerdo con STAUDENMAYER, D., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 3. Scope», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (edrs.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, 2020, Baden-Baden, Munchen, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, p. 91, este considerando se introdujo en la fase final del procedimiento legislativo, como requisito necesario para obtener la mayoría en el Consejo.

miembros permitan, en su legislación nacional, que el consumidor pueda ejercer de manera alternativa, en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, bien los remedios específicos previstos en la Directiva, bien los remedios por vicios ocultos reconocidos en las normas generales de derecho contractual de los Estados miembros[64]. El adquirente podría preferir ejercer los remedios por vicios ocultos previstos en el derecho contractual general si su régimen jurídico le es más favorable porque, por ejemplo, permite solicitar directamente la resolución o rebaja del precio o prevé un plazo superior para el ejercicio de los remedios[65].

En otras palabras, según esta primera interpretación de la DCD, la aplicación de las normas nacionales de derecho de contratos general relativas a la responsabilidad del empresario por vicios ocultos no queda excluida, en virtud del principio *lex specialis,* por la regulación de la DCD[66]. La misma tesis podría defenderse en relación con la responsabilidad por incumplimiento contractual regulada en el derecho contractual general de los Estados miembros, que el artículo 3.10 DCD deja a salvo.

Sin embargo, algunos autores han sostenido que esta interpretación conjunta del artículo 3.10 y el considerando 12 DCD es contraria al artículo 4 DCD. Por ello, mantienen una segunda interpretación, de acuerdo con la cual los remedios por falta de conformidad armonizados en la DCD son incompatibles con los remedios por vicios ocultos regulados en la legislación nacional de derecho de contratos, sea esta regulación general o no, en la medida en que dicha regulación se aparte de la Directiva. En caso contrario, los Estados miembros podrían saltarse el régimen de responsabilidad por falta de conformidad regulado en la DCD, simplemente estableciendo reglas diferentes en el derecho contractual general. A favor de esta tesis, se señala que debe tenerse en cuenta que la DCD no contiene en su articulado un precepto equivalente al artículo 3.7, *in fine,* DCV, sino que tal precisión se encuentra en el considerando 12 DCD, que no tiene carácter vinculan-

64. A favor de esta interpretación, véase STAUDENMAYER, D., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 3. Scope», *op. cit*, p. 91, de acuerdo con el cual la DCD permite a los Estados miembros con sistemas fundados en el Código de Napoleón mantener sus remedios contractuales generales por vicios ocultos.

65. En este sentido, en relación con el artículo 3.7 DCV y el considerando 12 DCD, véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 10.

66. En este sentido, en relación con el artículo 3.7 DCV, véase GÓMEZ POMAR, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *op. cit.*, p. 5.

te[67]. De acuerdo con esta segunda interpretación, únicamente cabría aplicar la regulación nacional en aquellos aspectos de los remedios por falta de conformidad no armonizados, como la suspensión del pago del precio o la indemnización por daños y perjuicios[68].

En el derecho comparado, la cuestión de la relación entre el derecho de consumo y el derecho contractual general ha sido tratada de manera diversa en la legislación nacional de transposición de las DCV y DCD. El legislador italiano ha introducido en el *Codice del consumo* dos preceptos[69], aplicables respectivamente a la compraventa de bienes y al suministro de contenidos o servicios digitales, que prevén *que* en los aspectos regulados en el *Codice del consumo* italiano no serán de aplicación otras disposiciones que tengan por efecto garantizar al consumidor un nivel diferente de protección (artículos 135-*septies* y 135-*vicies ter Codice del consumo)*[70]. En cambio, el legislador fran-

67. En este sentido, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 268. En relación con la falta de carácter vinculante de los considerandos de las directivas, las SSTJUE, 5.ª, 19.11.1998, Nilsson, C-162/97 (ECLI:EU:C:1998:554) y 9.º, 13.9.2018, Česká pojišťovna, C-287/17 (ECLI:EU:C:2018:707) estiman que: «debe señalarse que la exposición de motivos de un acto de la Unión no tiene un valor jurídico vinculante y no puede ser invocada ni para establecer excepciones a las propias disposiciones del acto de que se trata ni para interpretarlas en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal».

68. En relación con esta otra posible interpretación del artículo 3.7 DCV y el considerando 12 DCD véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 10. En relación con la DCV, DE FRANCESCHI, A., «Consumer's remedies for defective goods with digital elements», *op. cit.*, pp. 151 y 155, ha señalado que la armonización plena del sistema de remedios por falta de conformidad impide que el consumidor se salte la estructura y jerarquía de la Directiva ejerciendo remedios regulados en el derecho nacional de los Estados miembros, cuando los remedios de la Directiva aún están disponibles. En concreto, ello impediría que el consumidor solicite directamente, de conformidad con la legislación nacional, una indemnización por daños y perjuicios que comprenda la compensación de daños por la disminución del valor del bien, cuando aún es posible que aquel solicite, en virtud de la Directiva, la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución. Sin perjuicio del derecho del consumidor a acumular el remedio indemnizatorio al resto de remedios previstos en la DCV, si la indemnización comprende otros daños y perjuicios, diferentes de la disminución de valor de la prestación, derivados de la falta de conformidad.

69. Introducidos por los Decretos legislativos de 4 de noviembre de 2021, núm. 170 y núm. 173.

70. Sobre ello véase, DE FRANCESCHI, A., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. Italy», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), SCHULZE, R. (ed.) *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook*, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2023, pp. 384-385, quien en relación con estos preceptos señala que: «*[they] solve the question regarding the possible*

cés ha introducido en el *Code de la consommation*[71], dos artículos, aplicables respectivamente a la compraventa de bienes y al suministro de contenidos o servicios digitales, que admiten la compatibilidad del derecho de consumo con el derecho contractual general. En concreto, ambos preceptos declaran que las disposiciones sobre falta de conformidad no privan al consumidor de su derecho a ejercer las acciones derivadas de la garantía de vicios ocultos (artículos 1641 a 1649 del Código civil francés) o de cualquier otra acción de carácter contractual o extracontractual (artículos L 217-30, párrafo 1, y L 224-25-29, párrafo 1, *Code de la consommation*)[72].

4.2. Compatibilidad de los remedios por falta de conformidad del TRLGDCU con los remedios previstos en el derecho contractual general

A) Incompatibilidad con las acciones de saneamiento previstas en el Código Civil (artículo 116, párrafo 1.º, TRLGDCU)

En derecho estatal español, la cuestión de la compatibilidad de los remedios por falta de conformidad con las acciones basadas en el derecho general de contratos se regula de manera conjunta para la compraventa de bienes y para el contrato por el que se suministran contenidos o servicios digitales. El único precepto que el TRLGDCU dedica a esta cuestión es el artículo 116, cuyo párrafo primero establece que «el ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código Civil». Por lo tanto, a pesar de que la DCV y la DCD permiten mantener el régimen de responsabilidad por vicios ocultos, el legislador español ha optado por no modificar la regla de la incompatibilidad de acciones que se contenía en el antiguo artículo 117 TRLGDCU, anterior a la reforma operada por el RDL 7/2021.

Ahora bien, a diferencia del antiguo artículo 117 TRLGDCU, que se refería únicamente al saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida (artículos 1484 a 1499 CC), el actual artículo 116 TRLGDCU incluye cualquier tipo de

---

concurring application of the "general" provisions on the law of obligations, contracts– and specifically those on sales law contained in the Civil Code».

71. Por medio de la *Ordonnance n.°* 2021-*1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques*.

72. Sobre ello véase BORGHETTI, J. S., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. France», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), SCHULZE, R. (ed.) *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook*., Nomos, Beck, Hart Publishing, 2023, pp. 266-267.

saneamiento. Por lo tanto, también el saneamiento por evicción (artículos 1475 a 1483 CC). Esta modificación ha sido introducida con la finalidad de adaptar el TRLGDCU a las DCV y DCD, las cuales permiten al consumidor ejercer los mismos remedios en caso de falta de conformidad jurídica de los bienes, contenidos o servicios digitales, tal y como se reconoce en el artículo 117.2 TRLGDCU[73].

La incompatibilidad de acciones prevista en el artículo 116 TRLGDCU comporta que, en caso de falta de conformidad del bien, servicio o contenido digital, el consumidor no pueda acumular los remedios por falta de conformidad regulados en la norma de consumo y los remedios por saneamiento previstos en el CC. Asimismo, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, el artículo 116 TRLGDCU también implica que, en los mismos casos y en aplicación del principio de especialidad normativa, el consumidor únicamente pueda ejercer los remedios por falta de conformidad del TRLGDCU y no pueda optar, alternativamente, por el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento del CC[74].

Cabe advertir que la cuestión de la compatibilidad de los remedios del TRLGDCU con los remedios derivados del régimen de saneamiento del CC pierde relevancia en los contratos que tienen por objeto el suministro de contenidos o servicios digitales, en la medida en que aquel régimen no sea de aplicación a este tipo de contratos. Las normas de saneamiento únicamente

---

73. Véanse CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…)*, *op. cit.*, p. 315; y ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 154.

74. En relación con el nuevo artículo 116 TRLGDCU, véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 10. En relación con el antiguo artículo 117 TRLGDCU, véase FENOY PICÓN, N., «La compraventa del Texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXVI, Fasc. II, 2013, p. 732, de acuerdo con la cual: «El régimen de la falta de conformidad *desplaza* al del saneamiento por vicios ocultos». Por otro lado, véanse MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario al artículo 117 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1718; y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R, «Comentario al artículo 1484 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, A., *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, Vol. IV, 2a ed., Civitas –Thomson Reuters, 2016, p. 202, quienes citan a favor de esta tesis el principio de especialidad y la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11.7.2003), de acuerdo con el cual: «El régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código Civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la directiva».

son aplicables a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales que puedan ser calificados de compraventa u otro contrato particular al que el Código Civil español aplique aquel régimen[75].

La DCD no determina la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, como contrato de compraventa, servicios, alquiler o de contrato atípico, dejando, de manera intencionada, esta cuestión, a manos del derecho nacional de los Estados miembros[76]. El legislador estatal tampoco ha concretado en el TRLGDCU la naturaleza jurídica de estos contratos, lo cual se explica por la dificultad de la tarea[77]. En la práctica deberán ser los tribunales los que analicen la naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, teniendo en consideración las definiciones que el artículo 59 *bis* TRLGDCU hace del «contrato de compraventa o venta» (letra f) y del «contrato de servicios» (letra g), a los efectos del Libro segundo relativo a los contratos y garantías.

B) Compatibilidad con los remedios generales frente al incumplimiento del Código civil (artículo 1124 CC)

El artículo 116 TRLGDCU no resuelve la cuestión de la compatibilidad de los remedios por falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales del artículo 117 TRLGDCU con los remedios generales frente al incumplimiento contractual del Código civil. En concreto, la cuestión se plantea en relación con la pretensión de cumplimiento y la resolución del contrato, previstos en el artículo 1124 CC[78].

---

75. Sobre la aplicación del saneamiento por evicción a otros contratos diferentes a la compraventa, véase VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Comentario al artículo 1474 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, A., *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, Vol. IV, 2a ed., Civitas –Thomson Reuters, 2016, p. 154, quien afirma que: «Más allá de la previsión expresa del saneamiento por evicción se ha observado la extensión de la evicción a cualquier negocio jurídico oneroso al fundarse en la causa onerosa de la obligación (art. 1274 CC)».
76. Considerando 12 DCD.
77. CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit.*, p. 26. El legislador catalán tampoco ha determinado la naturaleza de este contrato, tal como explican ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 195-196.
78. Tal como se ha señalado, en relación con el remedio indemnizatorio del artículo 1101 CC, el artículo 116, 2.º párrafo, TRLGDCU establece expresamente que el consumidor puede ejercerlo en caso de falta de conformidad.

Con anterioridad a la reforma operada por el RDL 7/2021, el antiguo artículo 117 TRLGDCU, fruto de la transposición de la Directiva 1999/44, tampoco ofrecía una regla al respecto. En la doctrina y la jurisprudencia no había consenso sobre si, en caso de falta de conformidad de los bienes adquiridos, el consumidor podía resolver directamente el contrato por incumplimiento con base en el artículo 1124 CC, esto es, sin tener que respetar la jerarquía de remedios prevista en el TRLGDCU, si el incumplimiento era esencial. Por otro lado, también se discutía si, en caso de falta de conformidad, el consumidor podía ejercer, una vez transcurridos los plazos de garantía y de prescripción del TRLGDCU, los remedios por incumplimiento contractual del CC[79].

La doctrina mayoritaria defendió la incompatibilidad de los remedios por falta de conformidad contemplados en el TRLGDCU, con las acciones generales del incumplimiento previstas en el CC, al considerar que la falta de conformidad del bien entregado es un supuesto concreto de incumplimiento contractual que cuenta con una regulación específica en el TRLGDCU, la cual desplaza la regulación general de derecho de contratos[80]. Sin embargo, la jurisprudencia menor había admitido en varias ocasiones que el consumidor podía resolver de manera inmediata el contrato con base en el artículo 1124 CC, sin respetar la jerarquía de remedios prevista en el TRLGDCU, si el incumplimiento era resolutorio[81], incluso una vez transcurrido el período de garantía legal[82]. De acuerdo con esta jurisprudencia anterior a la trans-

79. Cuyo período de prescripción es de cinco años (artículo 1964 CC), que «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» (artículo 1969 CC).

80. Por todos, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1718.

81. En este sentido, véanse las SSAP Madrid, Civil, Sec. 14.ª, 14.3.2018 (JUR 2018, 165280); Madrid, Civil, Sec. 12.ª, 3.11.2016 (JUR 2016, 274005); Burgos, Civil, Sec. 3.ª, 4.6.2013 (JUR 2013, 219530), La Rioja Civil, Sec. 1.ª, 22.5.2012 (AC 2012, 489); Valencia, Civil, Sec. 6.ª, 26.12.2012 (JUR 2013, 119809); y Pontevedra, Civil, Sec. 1.ª, 9.7.2009 (AC 2009, 1840). En contra de la compatibilidad, véase la SAP Madrid, Civil, Sec. 11.ª, 26.6.2018 (JUR 2018, 225400).

82. Un ejemplo puede verse en la jurisprudencia relativa al conocido como caso *Dieselgate.* En septiembre de 2015, Volkswagen AG admitió públicamente la instalación en algunos de sus vehículos de un programa informático (dispositivo de desactivación) diseñado para falsear las mediciones de las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) cuando los vehículos se encontraban en banco de pruebas en el laboratorio. El dispositivo infringía la normativa europea en la materia. La mayoría de compradores no fundó la pretensión de resolución del contrato en el régimen de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad del TRLGDCU, puesto que tuvieron conocimiento del *software* ilegal una vez ya había transcurrido el plazo de garantía legal. Por

posición de la DCV y la DCD, la existencia de una regulación específica no excluía la aplicación de las normas generales sobre incumplimiento contractual, fuera del supuesto concreto de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa, porque el TRLGDCU no contenía una norma que declarara expresamente tal incompatibilidad y la legislación de consumo solo establecía una protección mínima al consumidor.

El actual artículo 116 TRLGDCU sigue sin declarar de manera expresa si el régimen de responsabilidad del empresario por falta de conformidad del TRLGDCU excluye el ejercicio de los remedios generales por incumplimiento contractual del CC. Ahora bien, a diferencia de la Directiva 1999/44, las DCV y DCD establecen un régimen de armonización plena de las medidas correctoras en caso de falta de conformidad y, con base a ello, se ha sostenido que ya no es posible defender la compatibilidad entre ambos regímenes[83]. Sin embargo, tal como se ha señalado, el artículo 3.10 y el considerando 12 DCD admiten una segunda interpretación favorable a la compatibilidad de remedios. El considerando 12 DCD permite la compatibilidad de los remedios de la Directiva con los remedios por vicios ocultos, por lo que no habría una razón especial que impidiera admitir también la compatibilidad con las acciones generales por incumplimiento contractual.

En el régimen actual, la cuestión relativa a si el consumidor puede, en caso de falta de conformidad de los bienes y los contenidos o servicios

---

ello, fundamentaron su pretensión de resolución con base en el artículo 1124 CC. Un número importante de sentencias desestimó la pretensión de resolución contractual, no con base en la incompatibilidad de regímenes jurídicos, sino con el argumento que el incumplimiento no tenía trascendencia resolutoria. Para un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia, véase RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., «Análisis del *Dieselgate* desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXXV-II, 2022, pp. 635-724.

83. En este sentido, ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 13, quien añade que: «Seguramente por eso, el Preámbulo IX 12 DL 7/2021 hace hincapié en que no deben subsistir las artificiales distinciones entre el defecto y el *aliud pro alio*». En el mismo sentido, véase LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), ZUMAQUERO GIL, L. (coord.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, p. 1700, de acuerdo con el cual: «El sometimiento de bienes y del suministro de contenidos o servicios digitales al régimen de los artículos 114 y sigs. del TRLGDCU excluye, (…) el recurso a las acciones generales de incumplimiento».

digitales, resolver directamente el contrato por incumplimiento con base en el artículo 1124 CC ha perdido, en parte, relevancia[84]. El motivo es que, de acuerdo con los artículos 14.4.d) DCD y 119.e) TRLGDCU el consumidor puede exigir directamente la reducción del precio o la resolución del contrato, sin necesidad de solicitar previamente la puesta en conformidad, si la falta de conformidad es grave. Con todo, sigue siendo necesario determinar si el consumidor puede ejercer, una vez transcurrido el plazo de garantía del artículo 120.2 TRLGDCU, las acciones derivadas del régimen general de incumplimiento contractual del CC. La respuesta a esta cuestión no viene condicionada por la regulación de la DCD, puesto que el plazo de responsabilidad del empresario no está armonizado de manera plena en la Directiva (artículo 11.2 y 3 DCD).

En el derecho catalán, no se plantea la cuestión de la compatibilidad de los remedios por falta de conformidad en los contratos de consumo, con los remedios generales frente al incumplimiento contractual. El motivo es que no existe tal dualidad de regulación. Las normas del contrato de compraventa y del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales del CCCat son aplicables a cualquier tipo de contrato, con independencia que aquel pueda ser o no calificado de contrato de consumo[85].

III. PUESTA EN CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

En caso de falta de conformidad, la DCD y el TRLGDCU reconocen al consumidor, como remedio primario, el derecho a exigir al empresario la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales. El régimen jurídico de este remedio se regula en los artículos 14, apartados 2 y 3 DCD y 118 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38 CCCat).

---

84. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 13.

85. Sin embargo, ARNAU RAVENTÓS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit.*, pp. 81-83, se cuestiona la compatibilidad de la resolución en caso de incumplimiento esencial del artículo 621-42.1 CCCat, con la resolución inmediata por incumplimiento grave regulada en el artículo 621-40.c) CCCat para el supuesto de falta de conformidad. La autora concluye que la armonización plena de los remedios por falta de conformidad en las Directivas comporta que «el incumplimiento esencial del art. 621-42.1 CCCat sólo puede predicarse de obligaciones distintas a la de garantizar la conformidad del bien, a cuyo incumplimiento se reserva el art. 621-40 CCCat».

1. DERECHO DEL EMPRESARIO A ESCOGER LA FORMA ESPECÍFICA DE PONER LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES EN CONFORMIDAD

Los artículos 14.2 DCD y 118.2 TRLGDCU prevén que, si los contenidos o servicios digitales no son conformes con el contrato, el consumidor tiene derecho a exigir que sean puestos en conformidad (en el derecho catalán, *vid.* el artículo el artículo 621-37.1.a) CCCat)[86]. Estos preceptos, a diferencia de los artículos 13.2 DCV y 118.1 TRLGDCU sobre a la compraventa de bienes, no especifican la manera en que el empresario tiene que corregir la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, ni tampoco prevén que el consumidor pueda escoger entre diferentes medidas correctoras. En particular, entre la reparación y la sustitución[87]. Esta diferencia se debe a que, dada la diversidad de características técnicas de los contenidos o servicios digitales, puede ser difícil calificar una determinada forma de corrección –por ejemplo, la instalación de la actualización de un *software*– de reparación o sustitución[88].

Es el suministrador quien escoge la modalidad concreta de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad con el contrato, por ejemplo, facilitando actualizaciones o poniendo a disposición del consumidor una nueva copia de los contenidos o servicios digitales (considerando 63 DCD). La DCD parte de la premisa que el empresario está en mejor posición que

86. El CCCat no contiene una norma específica aplicable a la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales. Únicamente, el artículo 621-37.1.a) CCCat, aplicable a aquel contrato, establece que: «1. El comprador y el vendedor, en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte contratante, pueden: a) Exigir el cumplimiento específico, de acuerdo con el contrato, que, en el caso del comprador, incluye la reparación, la sustitución del bien no conforme o *cualquier otra medida de corrección de la falta de conformidad*» (énfasis añadido). De acuerdo con ARNAU RAVENTÓS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit.*, p. 91, la mención del artículo 621-37.1.a) CCCat a «cualquier otra medida de corrección» «casa bien con el art. 14.2 DCD, que no tipifica las modalidades concretas de corrección, siendo así que el consumidor tampoco puede imponer una manera determinada de subsanar la falta de conformidad».

87. STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 242, señala que esta regla reduce el nivel de protección que la DCD otorga al consumidor de contenidos o servicios digitales, en comparación con la protección que la DCV da al consumidor en la compraventa de bienes, en la que el consumidor puede elegir entre la reparación y la sustitución. Sin embargo, destaca que la DCV también ha restringido la elección del consumidor entre reparación y sustitución con la cláusula de proporcionalidad relativa (artículo 13.2 DCV).

88. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 248.

el consumidor, por sus conocimientos y experiencia, para decidir cuál es la manera más adecuada de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad[89]. Sin embargo, su elección está limitada por los tres requisitos establecidos en los artículos 14.3 DCD[90] y 118.4 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.3 CCCat).

Cabe aclarar que, a pesar de que la DCD otorgue a favor del empresario la facultad de elegir una manera determinada de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, aquella no reconoce la facultad de corrección a iniciativa del empresario (*right to cure*)[91]. Para activar el cumplimento específico es necesario que el consumidor haya informado al empresario sobre la falta de conformidad (artículo 14.3 DCD) y que aquel exija la puesta en conformidad (artículo 14.1 DCD)[92]. La DCV tampoco reconoce al vendedor la facultad de corregir la falta de conformidad por su propia iniciativa[93]. Por ello, en el derecho catalán, el antiguo artículo 621-39 CCCat, que regulaba la corrección a instancias del vendedor, fue eliminado con la transposición de las DCV y DCD[94].

2. REGLAS APLICABLES A LA PUESTA EN CONFORMIDAD

La puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales debe llevarse a cabo por el empresario en un plazo razonable, de manera gratuita

89. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», *op. cit.*, p. 38; y SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 262.

90. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 262.

91. Esta solución coincide con la del artículo 106.3.a) CESL, de acuerdo con el cual: «Si el comprador es un consumidor: (a) los derechos del comprador no estarán sujetos a subsanación por el vendedor (…)». En cambio, según el artículo 106.2.a) CESL: «Si el comprador es un comerciante: (a) los derechos del comprador a ejercer cualquier remedio, excepto dejar en suspenso el cumplimiento, estarán sujetos a subsanación por el vendedor según lo establecido en la sección 2 del presente capítulo (…)». Véase también el artículo 48.1 CISG que reconoce el *right to cure* al vendedor.

92. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 266.

93. Tampoco la reconocía la Directiva 1999/44, puesto que, tal y como señala BIANCA, M. C., «Article 3. Rights of the consumer», *op. cit*., p. 169, su considerando 12 afirmaba que: «cuando exista una falta de conformidad el vendedor siempre podrá proponer al consumidor, como solución, cualquier forma de saneamiento; que el consumidor deberá decidir si acepta o rechaza esta propuesta».

94. Sobre ello, véase ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVI fasc. I (enero-marzo), 2023, pp. 92-93.

y sin mayores inconvenientes para el consumidor (artículos 14.3 DCD y 118.4 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.3 y 4 CCCat)[95], de manera paralela a lo exigido respecto la compraventa de bienes, en la DCV[96] y en la anterior Directiva 1999/44[97]. Si el empresario no pone los contenidos o servicios digitales en conformidad de acuerdo con estas tres reglas, el consumidor puede exigir la reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato [artículos 14.4.b) DCD y 119.c) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.1.a) CCCat].

2.1. En un plazo razonable

El empresario debe poner los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable [artículos 14.3 DCD y 118.4. b) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.3 CCCat]. El legislador europeo fundamenta esta solución en que la gran diversidad de productos digitales hace difícil establecer plazos fijos, los cuales podrían resultar ser, según el caso, demasiado cortos o demasiado largos[98]. El *dies a quo* de este plazo se sitúa en el momento en que el consumidor comunica la falta de conformidad al empresario. En caso de que los contenidos digitales se suministren en un soporte material, se plantea si el *dies a quo* se podría retrasar al momento en que el consumidor pone a disposición del empresario los bienes[99]. En el derecho catalán, esta regla se incorpora de manera expresa en el artículo 621-38.3 CCCat, que fija el *dies a quo* en el momento en que el comprador ha informado de la falta de conformidad y ha puesto a disposición el bien.

La exigencia que la puesta en conformidad se lleve a cabo en un plazo razonable cumple una doble función[100]. Por un lado, otorga al empresario una segunda oportunidad para cumplir de manera conforme con el contrato

95. De acuerdo con la STJUE, Sala Primera, 23.5.2019, Fülla, C-52/18, (ECLI:EU:C:2019:447), apartado 32, que se refiere a la Directiva 1999/44: «Esta obligación triple es expresión de la voluntad del legislador de la Unión de garantizar a los consumidores una protección efectiva (sentencia de 16 de junio de 2011, Gebr. Weber y Putz, C-65/09 y C-87/09, EU:C:2011:396, apartado 52)».
96. Artículo 14.1.a), b) y c) DCV.
97. Artículo 3, apartados 2, 3 y 4, Directiva 1999/44.
98. Considerando 64 DCD.
99. En relación con el antiguo artículo 120 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1751, consideraba relevante la fecha en que «el consumidor pone el producto a disposición del vendedor».
100. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 266.

y recibir o conservar la contraprestación. Por otro lado, pretende evitar que el consumidor sufra largas demoras. El transcurso del período razonable, sin que el empresario haya subsanado satisfactoriamente la falta de conformidad, marca la transición del remedio primario a los remedios secundarios, siempre que el consumidor solicite la reducción del precio o la resolución del contrato [artículos 14.4.b) DCD y 119.c) TRLGDCU; en el derecho catalán *vid.* el artículo 621-40.1.a) CCCat].

El plazo razonable equivale al plazo más breve posible para llevar a cabo la puesta en conformidad[101]. Así, el plazo para corregir la falta de conformidad de un *software* defectuoso debe limitarse al período de tiempo necesario para que el suministrador desarrolle una actualización. El artículo 14.3 DCD menciona expresamente dos parámetros que sirven para determinar la razonabilidad del plazo.

En primer lugar, el plazo razonable debe determinarse de manera objetiva teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales, esto es, la menor o mayor complejidad del producto digital adquirido, así como el soporte utilizado para la transmisión de los contenidos o servicios digitales o para dar acceso a estos (entre otros, la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos o la transmisión a través de la web)[102]. Además, pueden tenerse en cuenta otras circunstancias no mencionadas en el artículo 14.3 DCD, como la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la corrección de la falta de conformidad[103].

En segundo lugar, el artículo 14.3 DCD menciona como criterio para determinar la razonabilidad del plazo, la finalidad que tuvieran los contenidos o servicios digitales para el consumidor. Se trata de un parámetro subjetivo que tiene en cuenta los intereses del consumidor, pues considera los fines específicos para los que aquel necesita los contenidos o servicios digitales, si este los ha puesto en conocimiento del empresario. En

101. En relación con la compraventa de bienes, en este sentido véase el considerando 55 DCV.

102. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 249, señala que, por regla general, el suministrador debe tener más tiempo para corregir la falta de conformidad «en un período razonable», que para suministrar los contenidos o servicios digitales. En caso de incumplimiento de suministro, el artículo 13.1 DCD exige que el suministro se haga «sin demora indebida», esto es, en la mayor parte de las situaciones, «inmediatamente» (considerando 61 DCD).

103. El considerando 55 DCV tiene en cuenta estos parámetros para determinar el plazo razonable en la compraventa de bienes.

la comercialización en masa de productos digitales, el consumidor casi nunca tiene la oportunidad de informar al empresario de la finalidad con la que adquiere los contenidos o servicios digitales, excepto en los casos en los que el empresario los desarrolle siguiendo las especificaciones del consumidor. Por ello, a los efectos de determinar el período razonable, la doctrina no solo considera relevantes las finalidades que el consumidor comunica en el momento de la celebración del contrato, sino también aquellas sobre las que informa cuando solicita la subsanación de la falta de conformidad[104].

Cabe destacar que, a diferencia de la DCD[105], el TRLGDCU no hace referencia en su artículo 118.4, letra b), a estos dos parámetros para concretar el plazo razonable[106]. En cambio, la letra c) del artículo 118.4 sí que incluye estos criterios para determinar si la corrección genera mayores inconvenientes para el consumidor o usuario. A pesar del tenor literal de la norma española –que coincide con el del artículo 14.1 DCV–, en el caso de los contenidos o servicios digitales, ambos parámetros deben servir también para concretar el plazo razonable, tal y como se deriva del artículo 14.3 DCD[107].

La DCD permite, en su considerando 64 DCD, que el empresario y el consumidor acuerden un plazo concreto para corregir la falta de conformidad. Si el acuerdo se realiza en el momento de conclusión del contrato, la cláusula podría considerarse nula si establece a favor del empresario períodos demasiado largos –y, por lo tanto, no razonables– para corregir la falta de

104. En este sentido, en relación con el antiguo artículo 120 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1748. En relación con el artículo 14.3 DCD, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 249, propone que el criterio de la finalidad sirva para determinar el plazo razonable, con independencia que el consumidor haya informado o no de la misma al empresario.

105. Y del artículo 621-38.3 CCCat, en derecho catalán, que también aplica ambos criterios para concretar el plazo razonable.

106. A diferencia del antiguo artículo 120.b) TRLGDCU que preveía que: «Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario», que transponía el artículo 3.3 Directiva 1999/44.

107. Esta tesis también es aplicable a la compraventa de bienes, tal y como se deriva del considerando 55 DCV, que afirma que hay que tener en cuenta estos parámetros objetivos para determinar el plazo razonable en la compraventa de bienes. En este sentido, véanse CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…)*, *op. cit.*, pp. 218-219; y LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 *quater* TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1700.

conformidad, por ser contrarios a los artículos 22.1 DCD y 10 TRLGDCU[108]. Si una vez el consumidor ya ha informado sobre la falta de conformidad, el consumidor acepta dar al empresario un plazo concreto incorporado en una cláusula no negociada individualmente, la validez de la misma puede verse comprometida si puede ser calificada de abusiva (artículos 82 y 86.1 TRLGDCU)[109].

2.2. Gratuidad

La puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales debe realizarse de forma gratuita [artículos 14.3 DCD y 118.4.a) TRLGDCU; en el derecho catalán *vid.* artículo 621-38.1 y 4 CCCat]. Este requisito también se exige en la DCV[110], que sigue en este punto a la Directiva 1999/44[111]. El artículo 14.3 DCD no específica cuáles son los gastos que el consumidor no debe asumir, si bien el considerando 64 DCD se refiere, a modo de ejemplo, al coste asociado al desarrollo de una actualización de los contenidos o servicios digitales.

La finalidad de la regla de la gratuidad de la puesta en conformidad es, tal como señaló el TJUE en relación con la Directiva 1999/44, «proteger al consumidor de las cargas económicas que (…) podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección. Dicha garantía de gratuidad (…) conduce a excluir toda pretensión económica por parte del vendedor en el marco del cumplimiento de su obligación de puesta en conformidad del bien objeto del contrato» (SSTJUE 17.4.2008, Quelle[112] y 23.5.2019, Fülla[113]).

En los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales debe regir la misma regla prevista para la compraventa de bienes y, en consecuencia, la gratuidad comprende todos los gastos necesarios en los que se incurra para que los contenidos o servicios digitales sean puestos en con-

---

108. En el derecho civil catalán, sería aplicable el artículo 621-67.3 CCCat, que establece el carácter imperativo de las normas de la sección cuarta relativa al suministro de contenidos o servicios digitales, en los contratos de consumo: «En consecuencia, es ineficaz cualquier pacto, cláusula o estipulación que las modifique en perjuicio del adquirente».
109. En este sentido, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 250.
110. Artículo 14.1.a) DCV.
111. Artículo 3.2, 3.3 y 3.4 Directiva 1999/44.
112. STJUE, Sala Primera, 17.4.2008, Quelle, C-404/06 (ECLI:EU:C:2008:231), apartado 35.
113. STJUE, Sala Primera, 23.5.2019, Fülla, C-52/18 (ECLI:EU:C:2019:447), apartado 32.

formidad[114] [artículos 2.14 DCV y 118.4.a), *in fine*, TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.4 CCCat]. Los «gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales», mencionados, de manera ejemplificativa[115], en los artículos 2.14 DCV y 118.4, a), *in fine*, TRLGDCU en relación con los bienes, son ciertamente menos frecuentes en la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales. Con todo, en el caso en que se den, como ocurre en la puesta en conformidad de los contenidos que se transmiten en un soporte material que sirva exclusivamente como portador, el consumidor tampoco debe asumirlos[116].

Se discute si la gratuidad incluye los costes de conexión a la red, si tras la puesta en conformidad, el consumidor tiene que descargarse de nuevo el contenido digital y ello comporta el consumo de datos adicionales. En la medida en que estos costes están específicamente relacionados con la puesta en conformidad deberían incluirse en la garantía de gratuidad[117]. Sin embargo, el considerando 71 DCD afirma, en relación con la obligación del empresario de poner a disposición del consumidor «sin cargo alguno» los contenidos tras la resolución (artículo 16.4 DCD), que la gratuidad no incluye estos costes porque «no están relacionados específicamente con la recuperación de los contenidos». Si se aplicara la misma solución para la puesta en conformidad, aquellos gastos podrían indemnizarse en concepto de daños y perjuicios (artículos 116 y 117.1 TRLGDCU)[118].

---

114. A favor de esta tesis, cabe citar el artículo 127.3.a) TRLGDCU que en relación con las garantías comerciales afirma que: «La declaración de garantía comercial incluirá, al menos, lo siguiente: a) Una declaración precisa de que el consumidor o usuario tiene derecho a medidas correctoras por parte del empresario, de forma gratuita, en caso de falta de conformidad de los bienes y de que la garantía comercial no afectará a dichas medidas. *Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios en que se incurre para que* los bienes o *los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad*, especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales» (énfasis añadido).

115. STJUE, Sala Primera, 17.4.2008, Quelle, C-404/06 (ECLI:EU:C:2008:231), apartado 31.

116. En el mismo sentido, véase CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 56.

117. A favor de incluir los costes por uso de datos adicionales en la gratuidad de la puesta en conformidad, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, pp. 250-251.

118. En relación con el antiguo artículo 120 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1748, afirma que: «gratuidad de la reparación y sustitución no significa indemnidad económica del consumidor». De acuerdo con el autor, las partidas que no derivan de actividades necesarias para subsanar la falta de conformidad no se engloban en la «gratuidad». Con todo, «se trata de daños causados

Por último, cabe cuestionarse si en el suministro de contenidos o servicios digitales son aplicables dos normas establecidas en la DCV en relación con la compraventa de bienes –y, por lo tanto, previstas en el TRLGDCU solo en relación con los bienes–, las cuales incorporan la doctrina jurisprudencial del TJUE relativa a la Directiva 1999/44.

Por un lado, los artículos 14.3 DCV y 118.6 TRLGDCU (en el derecho catalán *vid.* el artículo 621-38.4 CCCat), que prevén que el empresario está obligado, si ello es necesario para poner los bienes en conformidad, a la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o de los bienes reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación[119]. Si bien en el caso de los contenidos o servicios digitales, la desinstalación y reinstalación suelen generar pocos costes económicos, parece razonable defender que, en caso de que se den, deba aplicarse la misma solución prevista para la compraventa de bienes[120].

Por otro lado, cabe plantearse si es relevante, en el suministro de contenidos o servicios digitales, la regla de los artículos 14.4 DCV y 118.7 TRLGDCU (en el derecho catalán *vid.* artículo 621-38.6 CCCat) de acuerdo con la cual, cuando el vendedor subsane la falta de conformidad con la sustitución del bien, el consumidor no será responsable de ningún pago por el uso normal de los bienes sustituidos durante el período previo a su sustitución[121]. La DCD no incorpora esta norma porque, de nuevo, esta

---

al consumidor, por lo que éste podrá exigir su indemnización mediante la acción de daños y perjuicios».

119. La norma incorpora la doctrina de la STJUE, Sala Primera, 16.6.2011, Gebr. Weber y Putz, C-65/09 y C-87/09 (ECLI:EU:C:2011:396).

120. En este sentido, véanse GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, pp. 268-269; y CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 56.

121. La norma incorpora la doctrina de la STJUE, Sala Primera, 17.4.2008, Quelle, C-404/06 (ECLI:EU:C:2008:231), en relación con la Directiva 1999/44. De acuerdo con la cual: «al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el consumidor que, por su parte, ha pagado el precio de venta y, por lo tanto, ha cumplido correctamente su obligación contractual, no se beneficia de un enriquecimiento sin causa. Únicamente recibe, con retraso, un bien conforme con las estipulaciones del contrato como debería haberlo recibido desde el principio» (apartado 41). «[E]l artículo 3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien» (apartado 43).

cuestión tiene mucha menos relevancia en el ámbito de los contenidos o servicios digitales por varios motivos. Primero, porque como se ha señalado, resulta complicado calificar una determinada forma de corrección de los contenidos o servicios digitales como sustitución o reparación. Y, segundo, porque los contenidos o servicios digitales, a diferencia de los bienes, no sufren una pérdida de valor derivada del uso[122]. Con todo, en el caso en que los contenidos digitales se transmitan en un soporte material que sirva exclusivamente como portador, la regla sí que podría resultar relevante.

2.3. Sin mayores inconvenientes para el consumidor

La puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales debe realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor. De nuevo, este requisito debe valorarse teniendo en consideración dos parámetros: la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que aquellos tuvieran para el consumidor [artículos 14.3 DCD y 118.4.c) TRLGDCU; en el derecho catalán *vid.* el artículo 621-38.3 CCCat].

De forma paralela a lo señalado respecto de la gratuidad, la realización de la puesta en conformidad sin mayores inconvenientes tiene como finalidad evitar que el consumidor asuma cargas adicionales –en este caso, diferentes a las económicas–, relacionadas con la puesta en conformidad, las cuales podrían disuadirlo de hacer valer los derechos reconocidos en la Directiva[123]. Así, por ejemplo, podría generar inconvenientes significativos al consumidor el hecho que el empresario escoja medios técnicos intrusivos que comportan acceder en el entorno digital del consumidor para subsanar la falta de conformidad, cuando dispone de otros medios menos intrusivos para el consumidor, como la descarga de una nueva copia del contenido digital o de una actualización del mismo[124].

El consumidor debe asumir aquellos inconvenientes no significativos o menores vinculados con la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales, como podría ser una cierta inversión de tiempo o de

122. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 251.

123. STJUE, Sala Primera, 23.5.2019, Fülla, C-52/18 (ECLI:EU:C:2019:447), apartado 40.

124. El ejemplo es de CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 57.

esfuerzo relacionados con la reinstalación o reconfiguración de los contenidos o servicios digitales. En cambio, el consumidor no debe soportar que la puesta en conformidad se realice con mayores inconvenientes, entendidos como tales las cargas que puedan disuadir al consumidor medio de hacer valer sus derechos (STJUE 23.5.2019, Fülla[125]).

En relación con la Directiva 1999/44, el TJUE ha señalado que la puesta a disposición del bien en el domicilio social del vendedor no supone un inconveniente significativo para el consumidor, aunque comporte «una determinada inversión en términos de tiempo y esfuerzos relacionados con el empaquetado y envío de los bienes», si los bienes son compactos y no requieren «manipulación especial ni una forma específica de transporte». En cambio, puede constituir un inconveniente significativo para el consumidor cuando se den determinadas circunstancias. En concreto, relacionadas con «la naturaleza de los bienes (en especial, su peso elevado, volumen considerable o fragilidad particular, o incluso exigencias complejas relacionadas con el envío)» o que tienen que ver con «la finalidad de tuvieran para los consumidores medios (en especial las vinculadas a su instalación previa)» (STJUE 23.5.2019, Fülla[126]).

En el ámbito de los contenidos o servicios digitales, el lugar de la puesta en conformidad tiene poca trascendencia práctica[127], dado el carácter inmaterial de los mismos y de su transmisión por medios digitales, excepto en el supuesto en que los contenidos se transmitan en un soporte material que sirva exclusivamente como portador. Seguramente por este motivo, la DCD no menciona esta cuestión, a diferencia de la DCV, cuyo considerando 56, se remite a la regulación de los Estados miembros para concretar el lugar de la reparación o sustitución de los bienes. Con todo, el legislador estatal no ha incluido en el TRLGDCU una norma sobre el lugar de la puesta en conformidad aplicable a la compraventa de bienes o al suministro de contenidos o servicios digitales[128]. El legislador catalán tampoco ha incluido una norma al respecto en el CCCat.

---

125. En relación con la Directiva 1999/44, véase la STJUE, Sala Primera, 23.5.2019, Fülla, C-52/18 (ECLI:EU:C:2019:447), apartado 40.
126. STJUE, Sala Primera, 23.5.2019, Fülla, C-52/18 (ECLI:EU:C:2019:447), apartados 40, 43 y 44.
127. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 269.
128. Crítica con la falta de regulación de esta cuestión en el TRLGDCU respecto de la compraventa de bienes, véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 24.

3. LÍMITES DE LA PUESTA EN CONFORMIDAD

Siguiendo el modelo de la Directiva 1999/44[129], el artículo 14.2 DCD establece dos límites al derecho del consumidor a exigir la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales: la imposibilidad de la puesta en conformidad y la desproporción de los costes que la puesta en conformidad supondría para el empresario. En consecuencia, en caso de imposibilidad o de desproporción de la puesta en conformidad, el consumidor puede ejercer los remedios subsidiarios, esto es, la reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato [artículos 14.4.a) DCD y 119.a) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* artículo 621-40.a) CCCat].

En el derecho español, la regla de los límites a la puesta en conformidad se encuentra en el artículo 118.3 TRLGDCU, cuya redacción se aparta del tenor literal del artículo 14.2 DCD, puesto que, en lugar de referirse de los límites del derecho del consumidor a exigir la puesta en conformidad, alude a los casos en los que el «empresario podrá negarse a poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad», adoptando, así, la literalidad del artículo 13.3 DCV. En el derecho catalán, el artículo 621-38.7 CCCat regula los casos en los que el vendedor se puede negar al cumplimiento específico, en la línea del artículo 13.3 DCV.

3.1. Imposibilidad

El primer límite de la obligación del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad es la imposibilidad (artículos 14.2 DCD y 118.3 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.7 CCCat). La norma incluye tanto la imposibilidad material –por ejemplo, la imposibilidad de poner en conformidad la transmisión en *streaming* de un evento en directo que no se pudo realizar correctamente por problemas técnicos-[130], como la imposibilidad jurídica (considerando 65 DCD)[131] –como sería el

129. Artículo 3.3 Directiva 1999/44.

130. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 252.

131. El considerando 65 DCD hace referencia expresa a la imposibilidad jurídica al referirse al supuesto en el que «(…) la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales resulte jurídica o prácticamente imposible (…)». A diferencia de la DCD, el artículo 12.3.a) PDCD-COM mencionaba la ilegalidad como un supuesto diferente a la imposibilidad, pues se refería a: «la subsanación consistente en poner los contenidos digitales en conformidad resulta imposible, desproporcionada o ilegal». En la misma línea, el artículo 110.3.a) CESL proponía que: «El cumplimiento no podrá reclamarse cuando (a) resulte imposible o haya dejado de ser lícito; (…)». En el derecho catalán, el

caso en el que la puesta en conformidad del contenido digital comporta una infracción de los derechos de propiedad intelectual de un tercero-[132].

Por otro lado, se plantea si la imposibilidad incluye únicamente la imposibilidad objetiva o también la subjetiva. Los artículos 13.3 DCV y 14.3 DCD no resuelven de manera explícita esta cuestión, que también se discutió en relación con la Directiva 1994/44. La doctrina mayoritaria considera que la imposibilidad debe valorarse de manera objetiva, por lo que aquella solo abarca los casos en los que nadie puede poner en conformidad los contenidos o servicios digitales. Por ello, no sería relevante la imposibilidad subjetiva, que se refiere a los supuestos en los que la imposibilidad afecta al empresario concreto que suministró los contenidos o servicios digitales, pero no a otros. El motivo es que, en este último caso, el empresario siempre podrá contratar a un tercero a su cargo para que ponga los contenidos o servicios digitales en conformidad[133]. Si los costes de contratar a un tercero a su cargo no son razonables, procede aplicar el límite de la desproporción de costes[134], pero no el de la imposibilidad, que no cabe en las deudas pecuniarias[135].

En el derecho español, el actual artículo 118.3 TRLGDCU, cuya redacción se basa en la DCV, tampoco detalla si la imposibilidad ha de ser objetiva o si cabe la imposibilidad subjetiva. En cambio, el antiguo artículo 119.1

---

artículo 621-38.7 CCCat también se refiere expresamente a la imposibilidad jurídica al prever que: «El vendedor se puede negar al cumplimiento específico si es imposible, se ha vuelto ilícito, (…)».

132. El ejemplo es de STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 243.

133. En este sentido, en relación con la DCD, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 252. En relación con la Directiva 1994/44, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1740, quien destaca que esta cuestión ya se planteó en relación con la Directiva 1994/44 y cita la doctrina mayoritaria que entendió que la imposibilidad ha de entenderse en sentido objetivo. Sin embargo, en relación con la DCV, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*: (…), *op. cit.*, pp. 192-193, afirma que «no hay pauta alguna en la DCCD que permita afirmar con toda rotundidad si la alusión legal a la imposibilidad de ejecutar alguna de estas medidas debe entenderse referida a una imposibilidad objetiva o subjetiva del vendedor, o incluso si comprende ambos supuestos».

134. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1741, nota al pie núm. 43.

135. Véase la STS, 1.ª, Sec.1.ª, núm. 447/2017, 13.7.2017 (RJ 2017, 3962) de acuerdo con la cual: «(…) en nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero (…)».

TRLGDCU sí que establecía expresamente, en relación con la compraventa de bienes, que «el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte *objetivamente* imposible o desproporcionada»[136]. A pesar de que la ley española ya no lo mencione expresamente, por los motivos expuestos, el artículo 118.4 TRLGDCU debe interpretarse en el sentido que solo incluye la imposibilidad objetiva[137].

3.2. Costes desproporcionados

El segundo límite al cumplimiento específico es la desproporción de los costes que la puesta en conformidad supone para el empresario (artículos 14.2 DCD y 118.3 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.7 CCCat). El precepto permite excluir la puesta en conformidad que, a pesar de no ser imposible, resulta antieconómica, en el sentido que los costes que se derivan para el empresario son desproporcionados respecto el beneficio que obtendría de la misma el consumidor[138]. De acuerdo con el TJUE, este límite busca establecer un justo equilibrio entre los intereses del consumidor y el empresario, garantizando al primero, una protección completa y eficaz contra un incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones contractuales, permitiendo tener en cuenta las consideraciones de carácter económico alegadas por éste[139].

El artículo 14.2 DCD, de manera paralela al artículo 13.3 DCV, establece dos parámetros para determinar si la puesta en conformidad resulta desproporcionada: primero, el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido la falta de conformidad y, segundo, la relevancia de la falta de conformidad. Adicionalmente, el precepto añade que deben tenerse en cuenta el resto de circunstancias del caso.

---

136. Énfasis añadido.
137. En el mismo sentido, LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 *quater* TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1724.
138. De acuerdo con MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1743, «la desproporción tiene que ver con la buena fe en el ejercicio de los derechos, y evita un ejercicio abusivo del derecho».
139. En este sentido, en relación con el artículo 3.3 Directiva 1999/44, véase la STJUE, Sala Primera, 16.6.2011, Gebr. Weber y Putz, C-65/09 y C-87/09 (ECLI:EU:C:2011:396), apartado 75. A favor de aplicar esta jurisprudencia al artículo 14.2 DCD véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 253.

Dado que, en la DCD, el consumidor no tiene el derecho a elegir la forma en que el empresario debe poner en conformidad los contenidos o servicios digitales, el concepto de falta de proporcionalidad empleado por la DCD es el de falta de proporcionalidad absoluta[140]. Esto es, el consumidor no tiene derecho a exigir la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales si, de acuerdo con los criterios mencionados, los costes de todas las formas posibles de puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales son desproporcionados.

Por ejemplo, el empresario podría negarse a la puesta en conformidad, si los costes de actualización o reprogramación de un *software* defectuoso son considerablemente más altos que el valor del contenido digital conforme, porque la aplicación tiene poco valor[141]. Lo anterior puede darse, con cierta frecuencia, en el suministro de contenidos o servicios digitales que se facilitan a cambio de datos personales. En estos casos, es probable que el consumidor tampoco tenga un especial interés en la corrección de los contenidos o servicios digitales, excepto si se trata de productos digitales personalizados como, por ejemplo, fotos o vídeos digitales de momentos relevantes de la vida del consumidor, en cuyo caso deberá tenerse en cuenta esta circunstancia para evaluar la falta de proporcionalidad[142].

Se ha señalado que los contenidos o servicios digitales presentan algunas particularidades que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la falta de proporcionalidad de la puesta en conformidad. Por un lado, los productos o servicios digitales son intangibles y, por otro lado, las faltas de conformidad son, en la mayoría de ocasiones, defectos de diseño, que afectan a todos los contenidos o servicios pertenecientes a esa misma categoría. En consecuen-

---

140. A diferencia del artículo 13.2 DCV (equivalente al artículo 118.1 TRLGDCU), la DCD no incluye en el concepto de desproporción, la desproporción relativa, esto es, aquella que afecta a la medida correctora elegida, en comparación con otra medida correctora posible. Por otro lado, el artículo 13.3 DCV (que se corresponde con el artículo 118.3 TRLGDCU) también incorpora el criterio de la falta de proporcionalidad absoluta al afirmar que «el vendedor podrá negarse a poner los bienes en conformidad cuando la reparación y la sustitución resulten imposibles o le impongan costes desproporcionados (…)».

141. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 261; STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 243, y GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.,* pp. 252-254.

142. SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 376.

cia, los costes que el empresario invierte en corregir la falta de conformidad que afecta un contrato concreto permiten al empresario poner en conformidad el resto de productos digitales que pertenecen a esa misma categoría. Por ello, a pesar de que los costes de poner en conformidad un contenido o servicio digital en un contrato concreto puedan parecer desproporcionados, esta desproporción puede desaparecer si se tiene en cuenta la totalidad de contratos celebrados por el empresario en relación con aquella categoría. Teniendo en cuenta lo anterior, GSELL propone que, para evaluar la falta de proporcionalidad de los costes, aquellos se distribuyan entre todos los contratos individuales afectados por la falta de conformidad[143].

IV. REDUCCIÓN DEL PRECIO Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La DCD y el TRLGDCU sitúan la reducción del precio y la resolución del contrato en el segundo nivel de remedios por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. El consumidor puede exigir alguno de estos dos remedios alternativos en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 14.4 DCD y 119 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76 CCCat, que se remite al artículo 621-40 CCCat). La elección entre uno u otro remedio corresponde al consumidor[144]. Ahora bien, la opción solo es posible si los remedios están disponibles y se dan sus requisitos, los cuales varían en función de si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio de un precio o a cambio de datos personales.

En el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de un precio, el consumidor puede optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato. Mientras que la reducción del precio comporta mantener el contrato, modificando su contenido, mediante la rebaja proporcional del precio

143. En este sentido, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, pp. 255-256. Sobre esta cuestión, véase también BEHAR-TOUCHAIS, M., «Remedies in the Proposed Digital Content Directive: An Overview», en SCHULZE, R. *et al.* (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps,* Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 134-135.

144. En este sentido, en relación con el artículo 13.4 DCV, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), op. cit.*, p. 224. En relación con el antiguo artículo 121 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1728, señala que el empresario no puede oponerse a la elección del consumidor con base a la desproporción de los costes que resultan del remedio escogido.

pactado, la resolución del contrato libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del mismo. Por ello, y con la finalidad de mantener el equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes[145], el consumidor no puede resolver el contrato si la falta de conformidad es leve (artículos 14.6 DCD) o de escasa importancia (artículo 119 ter.2 TRLGDCU) (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.2 CCCat)[146].

En el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales, el consumidor que haya facilitado sus datos personales como contraprestación, lógicamente, no dispone del remedio consistente en la reducción proporcionada del precio. En el segundo nivel de remedios, aquel solo puede exigir la resolución del contrato, que cabe ante cualquier falta de conformidad, incluso si aquella es de escasa importancia (artículo 14.6 y considerando 67 DCD y artículo 119 ter.2 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.6 CCCat).

2. SUPUESTOS EN LOS QUE EL CONSUMIDOR PUEDE EXIGIR LOS REMEDIOS DE SEGUNDO NIVEL

El artículo 14.4 DCD regula cinco supuestos alternativos en los que el consumidor de contenidos o servicios digitales tiene derecho a exigir la reducción del precio o la resolución del contrato, los cuales se recogen en el artículo 119 TRLGDCU[147] (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.1, que se remite al

145. En este sentido, véase el considerando 53 DCV.

146. En relación con la Directiva 1999/44, la STJUE, Sala Primera, 3.10.2013, Duarte Hueros, C-32/12 (ECLI:EU:C:2013:637) ha afirmado que el consumidor no puede quedarse sin remedio si aquel únicamente solicitó la resolución del contrato y, en el procedimiento, el juez estima que la falta de conformidad es de escasa importancia. De acuerdo con el TJUE: «La Directiva 1999/44/CE (…) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda» (apartado 44).

147. Fuera de estos cinco supuestos, las partes pueden pactar en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales que el consumidor puede ejercer directamente las medidas correctoras consistentes en la rebaja del precio o la resolución. Esta opción también puede ser ofrecida unilateralmente por el empresario, en cuyo caso estamos ante una garantía comercial del artículo 127 TRLGDCU. En este sentido, respecto del

artículo 621-40 CCCat). De manera paralela a lo que se preveía en la Directiva 1999/44[148], el consumidor puede solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato si no se cumplen los requisitos para que el empresario ponga los contenidos o servicios digitales en conformidad. Esto es, la puesta en conformidad es imposible o desproporcionada [artículos 14.4.a) DCD y 119.a) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* los artículos 621-40.a) y 621-38.7 CCCat CCCat]; o no se ha podido realizar en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin causar mayores inconvenientes para el consumidor [artículos 14.4.b) DCD y 119.c) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.a) CCCat][149].

Además, el artículo 14.4 DCD reconoce al consumidor el derecho a solicitar una reducción del precio o la resolución del contrato en otras tres situaciones adicionales, que no se preveían en la Directiva 1999/44. Cuando «subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad» [artículos 14.4.c) DCD y 119.d) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.b) CCCat]. Cuando «la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato» [artículos 14.4.d) DCD y 119.e) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.c) CCCat]. O en caso de que «el empresario ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor» [artículos 14.4.e) DCD y 119.f) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.a) CCCat].

El legislador europeo del 2019 introdujo estas tres situaciones adicionales con la finalidad de facilitar la transición a los remedios de segundo nivel y, por consiguiente, flexibilizar la jerarquía de remedios para aumentar la protección de los derechos del consumidor[150]. De este modo, los artículos 14.4 DCD y 119 TRLGDCU establecen un equilibrio razonable entre el interés del empresario en tener una segunda oportunidad para cumplir de manera conforme con el contrato; y el interés del consumidor en poder exigir la resolución del contrato o una rebaja del precio en caso de que concurra alguna de las causas legítimas previstas en el precepto.

---

artículo 121 TRLGDCU anterior a la reforma operada por el RDL 7/2021, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1766.

148. Artículo 3.5 Directiva 1999/44.

149. El artículo 621-40.a) CCCat se remite, erróneamente, al 621-38.3, a y b, CCCat. La remisión debería ser al artículo 621-38.3 y 4 CCCat.

150. STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 245.

2.1. Imposibilidad o desproporción de costes de la puesta en conformidad

De acuerdo con los artículos 14.4.a) DCD y 119.a) TRLGDCU [en el derecho catalán, *vid.* los artículos 621-40.a) y 621-38.7 CCCat[151]], el consumidor tiene derecho a exigir una reducción proporcional del precio o la resolución del contrato si la medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada en el sentido, respectivamente, de los artículos 14.2 DCD y 118.3 TRLGDCU. Esta causa de transición de los remedios primarios a los secundarios ya se preveía en la Directiva 1999/44[152] y se incluye en la DCV.

Ahora bien, el artículo 14.4.a) DCD, a diferencia del artículo 13.4.a) DCV, no requiere expresamente que el empresario se haya negado a la puesta en conformidad para que el consumidor pueda exigir los remedios secundarios en caso de imposibilidad o desproporción de costes. La misma cuestión se plantea en el TRLGDCU, cuyo artículo 119.a) no menciona la negativa del empresario, al prever que el consumidor podrá exigir la reducción del precio o la resolución «(…) cuando la medida correctora consistente en ponerlos en conformidad resulte imposible o desproporcionada en el sentido del apartado 3 del artículo 118». Con todo, el artículo 118.3 TRLGDCU sí que se refiere a la negativa del empresario, cuando establece que: «El empresario podrá negarse a poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados (…)».

Por ello, en el ámbito de los contenidos o servicios digitales, se plantea la cuestión relativa a si, para que el consumidor pueda exigir la resolución o reducción del precio, es imprescindible que, primero, el empresario haya manifestado su negativa a poner los contenidos o servicios en conformidad basándose en la imposibilidad o la desproporción de la medida o si, por el contrario, los límites a la puesta en conformidad pueden ser aplicados con independencia que el empresario los haya alegado[153].

---

151. El artículo 621-40 CCCat incorpora este supuesto en la letra a) que se refiere, en general, a todos los casos en los que el vendedor se ha negado a reparar o sustituir el bien, sin especificar el motivo. Por otro lado, el artículo 621-38.7 CCCat prevé que el vendedor se puede negar al cumplimiento específico en caso de imposibilidad o costes desproporcionados del cumplimiento específico.
152. Artículo 3.5 Directiva 1999/44.
153. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 256, defiende que esta diferencia entre la DCD y la DCV es relevante. De acuerdo con la autora citada, el artículo 14.2 DCD debe interpretarse en el sentido

Cuando la puesta en conformidad resulte imposible desde un primer momento, el consumidor debe tener derecho a exigir directamente la reducción del precio o la resolución del contrato, sin que sea necesario que aquel reclame, en primer lugar, la puesta en conformidad. Dado que la imposibilidad es objetiva, en determinados casos, por las circunstancias concurrentes o la naturaleza de la prestación, será posible apreciarla sin necesidad que el empresario la haya manifestado[154]. Si la imposibilidad solo puede apreciarse con posterioridad, el ejercicio de la reducción del precio o la resolución del contrato será subsidiario. Esto es, solo cabrá exigirlos una vez el consumidor haya comunicado al empresario la falta de conformidad, haya ejercido su derecho a la puesta en conformidad y el empresario se haya negado a la misma con base en su imposibilidad.

En relación con el límite de la desproporción de costes, resulta más discutible si el consumidor tiene derecho a exigir directamente los remedios secundarios, si el empresario aún no ha manifestado su negativa a poner los contenidos en conformidad, pero es esperable que lo hará una vez el consumidor le comunique la falta de conformidad[155]. A favor de la necesidad de que el suministrador se haya manifestado en este sentido, puede citarse el considerando 65 DCD que afirma que cuando «el empresario se niegue a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad porque ello le supondría unos costes desproporcionados (…) el consumidor tendrá

---

que la falta de proporcionalidad de los costes se aplica *ex lege*, con independencia que el empresario la haya alegado. Por lo que si el consumidor exige la resolución o rebaja del precio y la puesta en conformidad comporta costes desproporcionados, el consumidor tendrá derecho a los remedios secundarios, a pesar de que el empresario esté dispuesto a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad.

154. En este sentido, en relación con el artículo 13.4 DCV, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*: (…), *op. cit.*, p. 355, nota núm. 75, pone de manifiesto que «el legislador europeo ha olvidado incluir en la letra del art. 13.4 DCCB el supuesto en el que, por su propia naturaleza y circunstancias del caso concreto, la reparación y la sustitución son ya, desde un primer momento, imposibles y, por consiguiente, inexigibles para el consumidor». En relación con el antiguo artículo 121 TRLGDCU, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1764, señala que: «la imposibilidad o desproporción puede advertirse desde el primer momento, en cuyo caso el consumidor puede directamente acudir a los remedios subsidiarios (…). Pero quizás sólo pueda constatarse tras una previa reclamación de reparación o sustitución al vendedor».

155. Véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 257, quien, con base en el tenor literal del artículo 14.2 DCD, se pronuncia a favor del ejercicio directo de los remedios secundarios en caso de que sea previsible que el empresario se negará a la puesta en conformidad con base a la desproporción de costes que le comportaría.

derecho a la reducción del precio o la resolución del contrato». Además, dada la complejidad de los productos digitales, es el suministrador quien está en mejor posición no solo para decidir cómo poner en conformidad los contenidos o servicios digitales, sino también para valorar cuáles son los costes asociados a dicha forma de puesta en conformidad.

2.2. Falta de puesta en conformidad en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes

De acuerdo con los artículos 14.4.b) DCD y 119.b) TRLGDCU [en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.a) CCCat], el consumidor también tiene derecho a exigir una reducción del precio o la resolución del contrato si el empresario no ha puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin causar mayores inconvenientes para el consumidor. Esto es, inicialmente el consumidor únicamente tiene derecho a solicitar la puesta en conformidad y, solo con posterioridad, una vez se ha constatado que el empresario no ha cumplido con alguno de los tres requisitos exigidos en los artículos 14.3 DCD y 118.4 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.3 y 4 CCCat), aquel puede ejercer los remedios de segundo nivel. Seguramente, el supuesto más frecuente en la práctica será aquel en el que el consumidor comunica la falta de conformidad al empresario y transcurre un período de tiempo razonable sin que este haya subsanado la falta de conformidad.

En la compraventa de bienes, esta causa de transición de los remedios primarios a los secundarios también se preveía en la Directiva 1999/44[156]. El actual artículo 13.4.a) DCV prevé una regla similar a la del artículo 14.4.b) DCD, pero mucho menos clara, puesto que no hace referencia expresa al triple requisito, esto es, no incluye una remisión al artículo 14.1 DCV que exige que toda reparación o sustitución de los bienes se debe llevar a cabo de forma gratuita, en un plazo razonable y sin inconvenientes significativos[157]. El artículo 13.4.a) DCV solo menciona los supuestos en los que el

156. Artículo 3.5 Directiva 1999/44.

157. Tal como explica STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 245, esta diferencia entre la DCV y la DCD se debe a los cambios introducidos por el Consejo en la DCV. «*The Council wanted to balance the increase of consumer protection (i. e. the facilitation of transition from the first to the second level of the hierarchy of remedies). Together with the right of refusal of the seller, these changes reflect this intention. (…) The difference in the SGD, compared to the DCD, lies in lit. (a) SGD, which does not contain a reference to Article 14 Abs. 1. (…)*».

vendedor no ha llevado a cabo la reparación o sustitución[158] o, en su caso, no ha llevado a cabo la reparación o sustitución de conformidad con las reglas relativas a la recuperación, retirada e instalación de los bienes previstas en los artículos 14.2 y 3 DCV[159]. Con todo, el legislador español ha aclarado esta cuestión y, en el artículo 119.b) TRLGDCU, incluye dentro de los supuestos en los que el consumidor puede exigir los remedios de segundo nivel, una referencia expresa al caso en que el empresario no haya llevado a cabo la reparación o sustitución de los bienes «(…) en un plazo razonable siempre que el consumidor o usuario hubiese solicitado la reducción del precio o la resolución del contrato».

2.3. Aparición de cualquier falta de conformidad, después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad

El tercer supuesto en el que el consumidor puede exigir la reducción del precio o la resolución del contrato es aquel en el que el empresario ha tomado medidas para restablecer la conformidad de los contenidos o servicios digitales, pero, posteriormente, aparece cualquier falta de conformidad [artículos 14.4.c) DCD y 119.d) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40. b) CCCat]. La PDCD-COM no incluía este supuesto entre las causas de transición del remedio primario a los subsidiarios, pues se añadió en las DCD y DCV[160] durante el proceso legislativo. Esta causa se fundamenta en la pérdida de confianza del consumidor en la capacidad del suministrador para poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, cuando aquel no lo ha logrado con anterioridad[161].

Una de las cuestiones que plantea el artículo 14.4.c) DCD es la relativa a su ámbito de aplicación. En concreto, se ha discutido si este precepto es

158. El considerando 50 DCV aclara esta cuestión cuando afirma que: «cuando el vendedor no haya reparado o sustituido el bien dentro de ese plazo [razonable], el consumidor debe tener derecho a reclamar y a obtener una reducción del precio o la resolución del contrato sin más espera».

159. En este sentido, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.,* p. 253; y IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 96, núm. 779, 2020, pp. 1602-1604.

160. Artículo 13.4.b) DCV.

161. En este sentido, en relación con la compraventa de bienes, véase el considerando 52 DCV; y, en relación con la DCD, STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit*., p. 245.

aplicable a los casos en los que, tras un primer intento fallido de subsanación de la falta de conformidad, aquella subsiste o se mantiene. O si, por el contrario, el precepto regula los supuestos en los que, tras una primera corrección exitosa de una falta de conformidad por parte del empresario, aparece de nuevo una falta de conformidad en los contenidos o servicios digitales, que puede ser igual –el mismo problema se presenta dos veces– o distinta a la inicial. Una última opción es que el artículo 14.4.c) DCD incluya todos los supuestos anteriormente mencionados.

En el ordenamiento jurídico español, esta cuestión se ha planteado con más intensidad dadas las divergencias existentes entre el tenor literal del artículo 14.4.c) DCD que, en su versión en español, se refiere a los casos en que «*subsiste la falta de conformidad* pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad»; y el artículo 119.d) TRLGDCU, que emplea la expresión «*aparezca cualquier falta de conformidad* después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad». La redacción de la norma del TRLGDCU es más fiel al artículo 14.4.c) DCD en su versión en inglés, que alude a los casos en los que: «*a lack of conformity appears despite the trader's attempt to bring the digital content or digital service into conformity*»[162]. Por otro lado, en el derecho catalán, el artículo 621-40.b) CCCat se refiere a los supuestos en los que: «(…) el vendedor ha reparado o sustituido el bien pero *persiste* la falta de conformidad»[163].

La doctrina mayoritaria defiende que la causa regulada en el artículo 14.4.C) DCD se aplica a ambos supuestos. Esto es, tanto a aquellos en los que, tras un primer intento fallido de puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales, la misma falta de conformidad subsiste, persiste o se mantiene. Como aquellos en los que, tras una corrección exitosa de los contenidos o servicios digitales no conformes, aparece una falta de conformidad en los mismos, siendo indiferente si esta es igual o distinta a la que ya se había manifestado inicialmente[164].

---

162. En este sentido, véase SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret*, núm. 4, 2021, p. 68.

163. Énfasis añadido.

164. En este sentido, véanse STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit*., p. 245 y GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 260. En la doctrina española, véanse SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit*., p. 68; CASTILLA BAREA, M., *La Nueva*

Esta es la interpretación que ha adoptado el legislador español, puesto que el artículo 119.d) TRLGDCU se refiere «a *cualquier* falta de conformidad»[165]. Si aparece una segunda falta de conformidad, igual o distinta a la inicial, no cabe obligar al consumidor a exigir de nuevo la puesta en conformidad, por lo que puede ejercer, inmediatamente, los remedios secundarios[166]. Por otro lado, del tenor literal de los artículos 14.4.c) DCD y 119.d) TRLGDCU se deriva que el suministrador de contenidos o servicios digitales únicamente dispone de una única oportunidad para ponerlos en conformidad, pues ambos hacen referencia al «intento», en singular, del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad[167].

Con todo, en la compraventa de bienes, la cuestión del número de intentos de corrección que debe soportar el consumidor no es clara. El considerando 52 DCV señala que el derecho del consumidor a reducir el precio o resolver el contrato inmediatamente depende de las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, «podría estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad» si los bienes son caros o complejos. Además, el considerando citado señala que, en los supuestos en los que la misma falta de conformidad se manifieste dos veces, la pérdida de confianza del consumidor en la capacidad del empresario de poner en conformidad el bien justificaría el ejercicio inmediato de los remedios de segundo nivel[168].

---

regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), *op. cit.*, p. 233-234; y ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 143.

165. Énfasis añadido.

166. En este sentido, en relación con la compraventa de bienes, véase CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, p. 235, quien señala que debe interpretarse el artículo 119.d) TRLGDCU en el sentido más favorable para el consumidor y, por consiguiente, en el de permitirle ejercer los remedios de segundo nivel cuando aparezca una falta de conformidad después de un único intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, con independencia de que se trate de una falta de conformidad relacionada con la inicial o distinta a aquella.

167. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 260, que en relación con el artículo 14.4.c) DCD señala que solo otorga al empresario un único intento para corregir el defecto. En el mismo sentido, véase LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1740

168. Sobre ello, en la doctrina, véase STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p.

La DCD no contiene un considerando equivalente. No obstante, en determinados supuestos cabe defender una interpretación restrictiva de los artículos 14.4.c) DCD y 119.d) TRLGDCU. En concreto, en el suministro de contenidos o servicios digitales durante un período, si la falta de conformidad se manifiesta tras un largo período de tiempo, después de la primera puesta en conformidad, por ejemplo, dos años después, y la nueva falta de conformidad no está relacionada de ningún modo con la inicial, podría estar justificado dar al empresario la oportunidad de poner en conformidad los contenidos o servicios digitales y, por lo tanto, no permitir al consumidor el ejercicio directo de los remedios secundarios[169].

2.4. Gravedad de la falta de conformidad

El artículo 14.4.d) DCD contiene una importante excepción a la regla de la prioridad de la puesta en conformidad de los contenidos y servicios digitales[170]. El consumidor puede exigir directamente una reducción del precio o la resolución del contrato, sin necesidad de exigir previamente la puesta en conformidad, si está justificado dada la gravedad de la falta de conformidad[171]. Esta regla se fundamenta, según el considerando 65 DCD, en la pérdida de confianza del consumidor en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad. La misma norma está prevista en la DCV[172]. En el derecho español, la norma, común a los bienes y los contenidos o servicios digitales, se establece en el artículo 119.e) TRLGDCU y, en el derecho catalán, en el artículo 621-40.c) CCCat.

---

246. Críticos con la inseguridad jurídica que genera este considerando en relación con el número de intentos de subsanación que debe soportar el consumidor en la compraventa de bienes, véanse CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, pp. 234-236; y IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», *op. cit.*, pp. 1613-1614.

169. En este sentido, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 260, quien defiende una interpretación restrictiva del artículo 14.4.c) DCD.

170. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», *op. cit.*, p. 38, afirma que «esta es una novedad muy importante en ambas directivas que el legislador europeo no destaca suficientemente».

171. La redacción de los artículos 14.4.d) DCD y 13.4.c) DCV está inspirada en el artículo 117.2 CESL, tal y como pone de manifiesto STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 246.

172. Artículo 13.4.c) DCV.

El derecho del consumidor a reducir el precio o a resolver el contrato de manera directa si la falta de conformidad es grave no se preveía en la PDCD-COM[173]. La letra d) del artículo 14.4 DCD se añadió, durante el proceso legislativo, fruto del compromiso entre los Estados miembros que reconocían un orden de jerarquía estricto de remedios en su legislación nacional de transposición de la Directiva 1999/44 y aquellos que permitían al consumidor la libre elección de los mismos[174]. La introducción de la letra d) en el artículo 14.4 DCD debe valorarse positivamente. Este precepto aumenta el nivel de protección de los consumidores respecto de aquello previsto en la PDCD-COM, porque flexibiliza la jerarquía de remedios, facilitando la transición a los remedios de segundo nivel[175]. Además, ofrece una solución equilibrada al conflicto entre los dos intereses en juego: por un lado, el interés del empresario en tener una segunda oportunidad para cumplir de manera conforme con el contrato y recibir íntegramente la contraprestación pactada y, por el otro, el interés del consumidor en poder reducir el precio o resolver el contrato de manera inmediata en aquellos casos en los que la falta de conformidad es tan grave que no quepa esperar que el empresario solucione el problema[176].

En relación con la gravedad de la falta de conformidad, el artículo 14.4.d) DCD –y del mismo modo, el artículo 119.e) TRLGDCU– únicamente menciona que debe ser de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata

173. En relación con las críticas de la PDCD-COM por no permitir la resolución directa del contrato, véase el apartado II.2.2. de este capítulo relativo a la discusión sobre la necesidad de la jerarquía de remedios: introducción de la letra d) en el artículo 14.4 DCD. Además, en relación con la regulación de la compraventa de bienes en el TRLGDCU anterior a la transposición de las DCV y DCD, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1763, ya había puesto de manifiesto la necesidad de reconocer al consumidor, «como primera opción, el derecho a resolver el contrato: cuando la falta de conformidad es de tal importancia que han quedado totalmente insatisfechos, y de manera, definitiva, los intereses del comprador de modo que para él ya no tiene ningún sentido un cumplimiento –reparación o sustitución– posterior».

174. Tal y como explican SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 4, 2019, p. 375; y STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 245

175. STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 245.

176. SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 375.

del precio o la resolución del contrato, pero no concreta qué debe entenderse por falta de conformidad grave[177]. El considerando 65 DCD añade que, para determinar la gravedad de la falta de conformidad, debe tenerse en consideración si cabe esperar «que el consumidor mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad»[178]. Si la falta de conformidad es tan grave que no cabe esperar que el consumidor mantenga dicha confianza, no sería razonable exigirle que solicite al empresario, como primera opción, la puesta en conformidad. Por ello, el artículo 14.4.d) DCD le reconoce el derecho a ejercer directamente los remedios secundarios. El considerando 65 DCD menciona, como ejemplo de falta de conformidad grave, el caso del programa antivirus que está infectado de un virus[179].

La determinación de qué se considera una falta de conformidad grave en el ámbito del artículo 14.4 DCD es una cuestión que debe determinarse conforme el derecho nacional de los Estados miembros, respetando aquello previsto en la DCD[180]. En cualquier caso, el concepto de falta de conformidad

177. STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 246 señala en relación con los artículos 14.4.d) DCD y 13.4.c) DCV que «*these provisions are drafted in a rather vague manner and, despite explanations and the example provided in Recital 65 DCD, are likely to give rise to interpretation issues*».

178. En términos parecidos, el considerando 52 DCV hace referencia a los casos en los que «la falta de conformidad podría ser de naturaleza tan grave que el consumidor no le sea posible mantener la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes, como cuando la falta de conformidad afecte gravemente la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes y no quepa esperar que el consumidor confíe en que la reparación o sustitución efectuadas por el vendedor resuelva el problema».

179. SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 377, dan otro ejemplo: «*a consumer buying a Kaspersky anti-virus software and learning later that the software in fact is spying for the Russian intelligence agencies*». Por otro lado, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 261, cita como ejemplo el supuesto en el que el empresario «*(…) has deliberately concealed the defect even though the consumer is clearly at risk of harm or where the trader has by technical means secured unauthorised access to the digital content or digital services supplied to the consumer*» y el caso en el que «*(…) the consumer had made it clear at the time of conclusion of the contract that conformity with the contract in a certain respect is of particular importance to him, and the trader then nevertheless fails to properly supply in precisely this respect*».

180. En este sentido, véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», *op. cit.*, p. 39.

grave debe diferenciarse de la noción de falta de conformidad que no es leve o de escasa importancia de los artículos 14.6 DCD y 119 bis TRLGDCU.

Por otro lado, se plantea si la gravedad de la falta de conformidad exigida en los artículos 14.4 DCD y 119.e) TRLGDCU [en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.c) CCCat] se corresponde con el concepto de incumplimiento esencial de los artículos 25 CISG y 1124 CC [en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-42.1 CCCat]. El incumplimiento esencial se define, en el artículo 25 CISG[181], como aquel incumplimiento que «cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato». En el ámbito del Código Civil español, el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC es, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aquel incumplimiento grave, esencial o importante que frustra la finalidad que la otra parte podía legítimamente esperar del contrato[182].

Ante la ausencia de una definición en la DCD sobre qué debe considerarse falta de conformidad grave, es razonable equiparar la gravedad de la falta de conformidad a la que aluden los artículos 14.4 DCD y 119.e) TRLGDCU a los supuestos de incumplimiento esencial. Sin embargo, es cuestionable que en tales casos el consumidor pueda tener un interés en exigir la reducción proporcionada del precio[183].

De este modo, con la causa prevista en los artículos 14.4.d) DCD y 119.e) TRLGDCU se equipararía el derecho de consumo con el derecho general de obligaciones y contratos del CC, en el sentido que, en ambos casos, el adquirente de los contenidos o servicios digitales puede exigir directamente

181. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 260, señala que la noción de falta de conformidad grave recuerda a la noción de incumplimiento esencial del CISG. En la misma línea, LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1740-1741.

182. Sobre el concepto de incumplimiento resolutorio en el artículo 1124 CC, véanse GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual», *op. cit.*, p. 1206; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit*, p. 1227.

183. En este sentido, en relación con el artículo 13.4.c) DCV (equivalente al artículo 14.4.d) DCD), véase MARÍN LÓPEZ, M. J., «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley*, núm. 9461, 2019, p 11. A favor de equiparar la gravedad prevista en el artículo 119.e) TRLGDCU con la regla general del artículo 1124 CC véase también ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 144.

la resolución del contrato si el incumplimiento del contrato es grave, sin necesidad de exigir previamente el cumplimiento específico[184]. En el derecho catalán, la doctrina ha cuestionado la compatibilidad de la resolución en caso de incumplimiento esencial del artículo 621-42.1 CCCat, con la resolución inmediata por incumplimiento grave regulada en el artículo 621-40.c) CCCat para el supuesto de falta de conformidad[185].

Con todo, cabe destacar que la función que cumple la gravedad de la falta de conformidad en los artículos 14.4.d) DCD y 119.e) TRLGDCU es diferente a la que desempeña el incumplimiento esencial del contrato en el artículo 49.1.a) CISG o el incumplimiento resolutorio en el artículo 1124 CC. En la DCD y en el TRLGDCU, la gravedad de la falta de conformidad no es un requisito del derecho del consumidor a resolver el contrato, sino que aquella únicamente es exigible para flexibilizar la jerarquía de remedios y permitir al consumidor resolver el contrato como primera opción[186]. En el régimen de la DCD y el TRLGDCU, el consumidor también podrá resolver el contrato como remedio subsidiario o de segundo nivel, aunque la falta de conformidad no sea grave, siempre que aquella no sea leve o de escasa importancia, si los contenidos o servicios digitales se han suministrado a cambio de un precio (artículos 14.6 DCD y 119 ter TRLGDCU); o ante cualquier falta de conformidad, si los contenidos o servicios digitales se han suministrado a cambio de datos personales (considerando 67 DCD y artículo 119 ter.2 TRLGDCU).

2.5. Fracaso anticipado de la puesta en conformidad

El quinto supuesto en el que el consumidor puede exigir la reducción del precio o la resolución del contrato es aquel en el que esté claro que el empresario no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad

184. En este sentido, véase SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 68. En relación con esta cuestión en la PDCD-COM, CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 55.

185. En este sentido, véase ARNAU RAVENTÓS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit.*, pp. 81-83, quien defiende que la armonización plena de los remedios por falta de conformidad en las Directivas comporta que «el incumplimiento esencial del art. 621-42.1 CCCat sólo puede predicarse de obligaciones distintas a la de garantizar la conformidad del bien, a cuyo incumplimiento se reserva el art. 621-40 CCCat».

186. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 273.

en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor[187], ya sea porque el empresario lo ha declarado o porque así se desprende claramente de las circunstancias [artículos 14.4.e) DCD y 119.f) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.a) CCCat[188]]. La DCV también regula esta causa de transición al siguiente nivel de remedios[189], que no se contemplaba en la anterior Directiva 1999/44.

El 14.4.e) DCD está inspirado en la regulación de la resolución anticipada del contrato por incumplimiento previsible contenida en los artículos 72 CISG, 116 CESL[190] y III.– 3:504 *Draft common frame of reference*[191] (en adelante, DCFR). Ahora bien, a diferencia de los preceptos citados, el artículo 14.4.e) DCD no se ocupa de la resolución anticipada del contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor –institución que no regula la DCD–. Los artículos 14.4.e) DCD y 119.f) TRLGDCU presuponen que el incumplimiento ya se ha producido, puesto que los contenidos o servicios digitales presentan una falta de conformidad. Lo que regulan dichos preceptos es el riesgo patente de incumplimiento del empresario de su obligación de poner en conformidad los contenidos o servicios digitales en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes, en cuyo caso el consumidor puede exigir, de manera inmediata, la resolución o rebaja del precio, si se dan los requisitos de ambos remedios[192].

El fundamento de los artículos 14.4.e) DCD y 119.f) TRLGDCU es el siguiente. Si, desde un primer momento, es patente que el empresario no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad o no lo hará adecuadamente, porque así lo ha declarado o se deriva claramente de las

187. En estos términos, véase el considerando 65 DCD.

188. El artículo 621-40.a) CCCat es menos detallado que el artículo 14.4.e) DCD, pues hace referencia a los casos en los que «el vendedor no ha reparado o sustituido el bien, *se ha negado a hacerlo* (…)».

189. Artículo 13.4.d) DCV.

190. CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 54, pone de relieve, en la nota al pie núm. 188, que «el art. 111.2.b) CESL tal como resultó de la enmienda 199, aprobada en el Parlamento europeo incorporó ese mecanismo también para los casos en que el consumidor reclamó la puesta en conformidad específica: el precepto señaló que podría acudir a los otros remedios si «*the trader has implicitly refused to remedy the lack of conformity*"».

191. VON BAR, CH., CLIVE, E. (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, Sellier, Munich, 2009.

192. En este sentido, en relación con el artículo 13.4.d) DCV véase ARNAU RAVENTOS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit.*, pp. 82-83.

circunstancias del caso, no tiene sentido exigir que el consumidor espere que finalice el período razonable para poder ejercer los remedios subsidiarios. Constatadas la negativa del empresario o las circunstancias concretas, el consumidor debe tener derecho a ejercer de manera inmediata la reducción del precio o la resolución del contrato.

La regla de los artículos 14.4.e) DCD y 119.f) TRLGDCU se aplica en aquellos casos en los que el consumidor informa al empresario de la falta de conformidad y este se niega a subsanarla, de manera expresa o por actos concluyentes, por motivos diferentes a la imposibilidad o la desproporción de la puesta en conformidad[193]. También se incluyen aquellos casos en los que, a pesar de que el empresario no se niega a poner en conformidad los contenidos o servicios digitales, informa al consumidor que no lo hará en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes. Las razones de la negativa del empresario pueden ser diversas. Así, por ejemplo, el empresario podría estimar que no concurre la falta de conformidad alegada por el consumidor, que no se dan los presupuestos legales para responder o que no se encuentra en disposición de llevar a cabo la subsanación en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor[194].

En relación con el grado de seriedad exigido a la declaración del empresario o a las circunstancias del caso concreto, los artículos 14.4.e) DCD y 119.f) TRLGDCU exigen que tienen que revelar «claramente», esto es, de manera patente o con certidumbre, que el empresario no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad o que no lo hará adecuadamente o de conformidad con el triple requisito exigido en la DCD y el TRLGDCU. Así, por ejemplo, el hecho que el empresario niegue la falta de conformidad en un primer momento no debe considerarse determinante, si aquel se ofrece a examinar más detenidamente los contenidos o servicios para evaluar la existencia de una posible falta de conformidad[195]. Para valorar la declaración del empresario o las circunstancias debe tenerse en cuenta no solo la

193. ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 143.

194. En este sentido, respecto del artículo 121 TRLGDCU anterior a la reforma operada por el RDL 7/2021, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1765, quien ya ponía de manifiesto la necesidad «de permitir al consumidor el recurso a los remedios subsidiarios (en particular, a la resolución contractual)» en estos casos.

195. En este sentido, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 242.

perspectiva subjetiva del consumidor, sino también el sentido que le habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición[196].

3. REDUCCIÓN DEL PRECIO

3.1. Consideraciones generales

El consumidor, que hubiere recibido un contenido o servicio digital no conforme, puede exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo a los artículos 14.5 DCD y 119 bis TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-41.1 CCCat), en cualquiera de los cinco supuestos analizados en el apartado anterior. Este remedio solo está disponible si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio (artículo 14.4 DCD; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.1 CCCat) o en los supuestos en los que la contraprestación sea parte en dinero y parte en datos personales (considerando 67 DCD)[197]. Cuando el suministro se produce únicamente a cambio de datos personales, lógicamente, no cabe el remedio consistente en la reducción proporcionada del precio. Por precio debe entenderse el dinero o cualquier representación digital de valor, tales como vales electrónicos, cupones electrónicos o monedas virtuales, pagaderos a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales[198].

En el segundo nivel de remedios, la reducción del precio es el único remedio disponible para el consumidor que adquiere los contenidos o servicios digitales a cambio de un precio, si la falta de conformidad «es leve» (artículos 14.6 DCD) o de «escasa importancia» (artículo 119 ter.2 TRLGDCU) (en el derecho civil catalán, *vid.* el artículo 621-76.2 CCCat, que emplea los

196. En este sentido, en relación con el artículo 72 CISG, véase FOUNTOULAKIS, C., «Comment to article 72 CISG», en SCHWENZER, I. (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4a edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 1038, quien remite al artículo 8.2 CISG. En relación con la DCD, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 242.

197. En los supuestos en los que la contraprestación sea parte en dinero y parte en datos personales, el considerando 67 DCD señala que «(…) el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad. En particular, siempre que se cumplan todas las demás condiciones, el consumidor debe tener derecho a que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, a que se reduzca el precio en relación con el importe pagado por los contenidos o servicios digitales, o a resolver el contrato».

198. Artículo 2.7 y considerando 23 DCD.

términos «falta de conformidad leve»). En el resto de supuestos, aquel puede optar entre exigir la reducción del precio o la resolución del contrato.

Cabe presumir que, en la mayoría de casos, el consumidor preferirá la resolución del contrato ante la reducción del precio, puesto que no tendrá un interés en aceptar contenidos o servicios digitales afectados de una falta de conformidad que no es leve, aunque sea por un precio reducido, si en el mercado puede obtener los mismos productos digitales conformes[199]. Con todo, en determinados contratos el consumidor puede tener un interés en mantener los contenidos o servicios digitales no conformes y exigir la reducción proporcional del precio.

En concreto, si pese a la falta de conformidad, los contenidos o servicios digitales aún satisfacen los intereses del consumidor[200]. El consumidor también puede tener un interés en exigir la reducción del precio cuando los contenidos o servicios digitales no tienen un sustituto en el mercado, ya sea porque no son ofrecidos por un competidor, o porque se han elaborado conforme a las especificaciones del consumidor, por ejemplo, cuando el contrato tenga por objeto fotos o vídeos digitales de momentos relevantes de la vida del consumidor. Por otro lado, también es esperable que el consumidor opte por exigir la reducción del precio cuando el contrato estipule que los contenidos o servicios digitales se suministren durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio y aquellos no hayan sido conformes durante un determinado período de tiempo (artículos 14.5, segundo párrafo, DCD y 119 bis.2 TRLGDCU)[201].

3.2. Cálculo de la reducción del precio

La Directiva 1999/44 no contenía una norma relativa al cálculo de la reducción del precio, pues únicamente se refería al derecho del consumidor

199. En este sentido, véase SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 69; y LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1745. En relación con el antiguo artículo 122 TRLGDCU, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1772.

200. CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 59

201. En este sentido, véase SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 69.

a la «reducción adecuada del precio»[202]. Como novedad, la DCD incorpora en su artículo 14.5 los criterios conforme a los cuales debe calcularse la reducción del precio en el contrato de contenidos o servicios digitales, de manera paralela a lo establecido en el artículo 15 DCV para la compraventa de bienes[203]. Las DCD y DCV siguen el método de cálculo de la reducción proporcional del precio previsto en el artículo 50 CISG, que también se proponía en el artículo 120.1 CESL para los contratos de compraventa de bienes y de contenidos digitales y en el artículo III. –3:601 DCFR.

En el derecho español, la norma sobre reducción del precio del artículo 119 *bis* TRLGDCU no es novedosa (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-41.1 CCCat, cuya regla tampoco es nueva)[204]. Con anterioridad a la transposición de las DCV y DCD, el legislador estatal ya había incorporado en la regulación de la compraventa de consumo una norma inspirada en el artículo 50 CISG. El actual artículo 119 bis.1 TRLGDCU equivale sustancialmente al antiguo artículo 122 TRLGDCU[205], si bien su redacción se ha adaptado a la DCD, en el sentido de incorporar los contenidos o servicios digitales.

Cabe destacar que el artículo el 119 *bis* TRLGDCU prevé que el momento relevante para determinar el valor de los contenidos o servicios digitales es el momento de la entrega o suministro[206], a diferencia del artículo 14.5 DCD, que no resuelve de manera expresa esta cuestión (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-41.1 CCCat que también se refiere al momento de su entrega).

Los artículos 14.5 DCD y 119 bis TRLGDCU establecen dos reglas para calcular la reducción proporcional del precio. Una regla general, aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales en un único acto de suministro o en una serie de actos individuales y, una regla especial, relativa a los contenidos o servicios digitales que se suministran de forma continua a lo largo del tiempo.

---

202. Artículo 3.2 y 3.5 Directiva 1999/44. Si bien algunos autores, como BIANCA, M. C., «Article 3. Rights of the consumer», *op. cit.*, p. 163, proponían aplicar la regla del artículo 50 CISG.
203. Artículo 15 DCV.
204. El artículo 621-41.1 CCCat, en su versión posterior a la reforma operada por el DL 27/2021, es idéntico al ahora derogado artículo 621-42.2 CCCat. El artículo 621-41.1 CCCat forma parte de la regulación del contrato de compraventa, pero es aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales en virtud de la remisión prevista en el artículo 621-67.2 CCCat.
205. El cual, a su vez, se corresponde con el anterior artículo 8 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Tal como pone de manifiesto, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1728.
206. El precepto se inspira en el artículo 50 CISG, que se refiere al «momento de la entrega». En la misma línea, véanse los artículos 120 CESL y III. –3:601.1 DCFR, que se refieren al momento del cumplimiento.

A) Regla general

La regla general de cálculo de la reducción del precio de los artículos 14.5, primer párrafo, DCD y 119 bis.1 TRLGDCU es la siguiente (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-41.1 CCCat). La reducción del precio es proporcional a la diferencia existente entre el valor que el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento de la entrega o suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el contenido o servicio digital efectivamente entregado o suministrado tenga en el momento de dicha entrega o suministro[207].

La reducción del precio no consiste en compensar la diferencia absoluta entre el precio inicialmente pactado y el valor de los contenidos o servicios digitales. Los artículos 14.5, primer párrafo, DCD y 119 bis.1 TRLGDCU exigen, en primer lugar, determinar el valor del contenido o servicio digital no conforme en el momento de la entrega o suministro y el valor hipotético que hubiera tenido si hubiera sido conforme, así como la diferencia existente entre ambos. En segundo lugar, el precio pactado por las partes debe reducirse en la misma proporción (método de cálculo relativo)[208]. En concreto, la reducción del precio puede calcularse mediante la siguiente fórmula[209]:

$$Precio\ reducido = precio\ pactado\ x\ \frac{Valor\ de\ los\ contenidos\ o\ servicios\ digitales\ no\ conformes}{Valor\ de\ los\ contenidos\ o\ servicios\ digitales\ conformes}$$

Por ejemplo, si el *software* adquirido por un precio de 60 euros, hubiera tenido un valor real de 50 euros en el momento de suministro si hubiera

---

207. En relación con el momento de suministro de los contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material véanse los artículos 5.2 DCD, 66 bis TRLGDCU y 621-69.2 CCCat.

208. En relación con la DCD, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 263 y SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 276; en relación con el CISG, MÜLLER-CHEN, M., «Comment to article 50 CISG», en SCHWENZER, I. (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4a edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 803; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1304; en relación con el CCCat, ANDERSON, M., «Comentari a l'article 621-42. Reducció del preu i càlcul», en EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 425.

209. En relación con la fórmula para calcular la reducción del precio, en las DCD y DCV, véase SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit*, p. 276, en el CESL, ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.*, p. 527; y en el CISG, véase MÜLLER-CHEN, M., «Comment to article 50 CISG», *op. cit*, p. 803.

sido conforme –puesto que el adquirente pagó por aquel más de su valor real–, y el *software* presenta una falta de conformidad que comporta que, en ese mismo momento, tenga un valor de 30 euros, el precio reducido debe ser de 36 euros y no 30 euros.

En la práctica puede resultar difícil determinar el valor real, distinto del precio pactado, que el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento de la entrega o suministro si hubiera sido conforme con el contrato[210]. Debe presumirse que, en ausencia de otras indicaciones, el precio pactado se correspondía con el valor real de los contenidos o servicios digitales si fueron conformes y que aquel valor no cambió en el momento de la entrega o suministro[211].

B) Regla especial para los contenidos o servicios digitales que se suministran de forma continua a lo largo del tiempo

La regla general para calcular la reducción proporcional del precio de los artículos 14.5 DCD y 119 bis TRLGDCU es difícil de aplicar a los contenidos o servicios digitales que se suministran de forma continua a lo largo del tiempo, durante un período determinado o un período indefinido[212], como el servicio de almacenamiento en la nube o la suscripción a una plataforma de contenidos audiovisuales o de música en *streaming*. Por ello, los citados preceptos prevén, en su apartado segundo, una regla especial aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales continuo (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-41.2 CCCat[213]).

---

210. Sobre la dificultad de fijar el valor real véase, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1305. Por ello, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, p. 345, afirma en relación con la jurisprudencia de los tribunales españoles que: «lo habitual es que, para calcular la rebaja del precio, los órganos judiciales partan del precio pagado por el adquirente y, a partir de ahí, estimen libremente el valor de los bienes defectuosos, teniendo en cuenta tanto la entidad, como la naturaleza de los defectos (…), así como otras circunstancias (…)».
211. En este sentido, en relación con el artículo 50 CISG, véase MÜLLER-CHEN, M., «Comment to article 50 CISG», *op. cit.*, p. 803. En términos parecidos, véase CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1302.
212. Considerando 57 DCD.
213. El artículo 621-41.2 CCCat se refiere al contrato que tiene por objeto un bien con elementos digitales que se tienen que suministrar de manera continua, pero el precepto también resulta aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales, en virtud de lo previsto en el artículo 621-67.2 CCCat.

Cuando el contrato estipule que los contenidos o servicios digitales se suministren durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio, la reducción en precio se aplicará al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no hubiesen sido conformes. Así, si un servicio de almacenamiento en la nube presenta una falta de conformidad durante cinco días porque, por ejemplo, algunas prestaciones del servicio no son accesibles para el consumidor y, con posterioridad, el servicio se presta de forma conforme, la reducción del precio debe calcularse, aplicando el método de la reducción proporcional del precio, solo en relación a los cinco días en los que el consumidor no pudo disfrutar del servicio en conformidad. De este modo, la DCD ofrece una solución distinta a la prevista en la PDCD-COM, cuyo artículo 13.5 trataba estos casos como un supuesto de resolución parcial del contrato[214].

3.3. Relación con la indemnización por daños y perjuicios

La regla de la reducción proporcional del precio permite mantener la equivalencia de las prestaciones del contrato, tal como se pactó inicialmente por las partes. En efecto, este remedio no tiene como función compensar al consumidor por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de conformidad, sino adaptar las prestaciones del contrato a la nueva realidad, esto es, a la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, manteniendo el equilibrio contractual. En consecuencia, la reducción proporcional del precio es un remedio

214. En efecto, el artículo 13.5 PDCD-COM preveía que las faltas de conformidad temporales que afectaran a contenidos digitales suministrados durante un periodo de tiempo daban derecho al consumidor a «resolver el contrato solo en relación con dicha parte del periodo de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato». Esta solución fue criticada por el EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers (…), op. cit.*, pp. 29-30, que afirmó que la resolución parcial sugerida en la propuesta no era el remedio más apropiado en estos casos. Si el consumidor desea continuar con el contrato, el remedio pertinente sería la reducción del precio. Si el consumidor no desea continuar con el contrato, debería poder resolver el contrato (no solo una parte). GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, pp. 263-264; y LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1747, han señalado que los artículos 14.5, segundo párrafo, DCD y 119 bis.2 TRLGDCU deben interpretarse restrictivamente y no aplicarse en los casos en los que el consumidor no tiene un interés en el cumplimiento parcial del contrato.

compatible con la indemnización por los daños y perjuicios, que tiene como finalidad compensar cualquier daño que el consumidor hubiera podido sufrir como consecuencia de la falta de conformidad (artículos 116 TRLGDCU y 117.1 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-37.2 CCCat)[215].

Sin embargo, el consumidor no puede obtener una doble compensación por el mismo daño. Por ello, el consumidor que ejercite el derecho a la reducción del precio no puede reclamar daños por la disminución de valor de los contenidos o servicios digitales, pero conserva su derecho a ser indemnizado por cualquier otro daño que hubiera podido sufrir como consecuencia de la falta de conformidad. Como, por ejemplo, por los daños que la falta de conformidad haya podido causar a bienes materiales distintos a los contenidos digitales no conformes. Esta regla se proponía en el artículo 120.3 CESL[216] y se prevé en el artículo 1179 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2023 (en adelante, PMCC, 2023).

3.4. Ejercicio y efectos

El ejercicio de la reducción del precio no está regulado de forma expresa en la DCD, que únicamente se ocupa del ejercicio del derecho a resolver el contrato en el artículo 15 DCD, que se corresponde con el artículo 119 ter.1 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-42.4 CCCat). Sin embargo, la DCD admite el ejercicio extrajudicial de la reducción del precio por medio de una declaración del consumidor cuando, en el artículo 18.1 DCD (artículo 119 quater.1 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76, que se remite al artículo 621-77.3 CCCat), obliga al empresario a reembolsar al consumidor la reducción del precio en un

215. En este sentido, véanse, en relación con la DCD, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 263; en relación con la PDCD-COM, CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 59; en relación con el artículo 50 CISG, MÜLLER-CHEN, M., «Comment to article 50 CISG», *op. cit.*, p. 803, y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1304; y en relación con el antiguo con el TRLGDCU, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1772.

216. Sobre el artículo 120.3 CESL, véase ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.*, p. 527; y SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit.*, p. 276.

plazo de catorce días a partir de la fecha en la que el empresario haya sido informado de la decisión del consumidor de reclamar su derecho a una reducción del precio[217].

En el artículo 117.1 TRLGDCU se hace referencia a que el consumidor o usuario puede exigir mediante «una simple declaración» al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. Por lo tanto, no cabe duda que el consumidor puede reclamar su derecho a la reducción del precio de manera extrajudicial[218]. En concreto, mediante una simple declaración recepticia dirigida al empresario, en la que el consumidor exprese su decisión de reducir el precio. Esta declaración no está sujeta a requisitos especiales de forma[219]. Con todo, al consumidor le interesará dejar constancia de la existencia y el contenido de la declaración, a efectos de prueba[220].

La notificación al empresario de la decisión del consumidor de reducir el precio produce el efecto de modificar el contenido del contrato. En consecuencia, después de recibir la declaración, el empresario no puede cambiar el remedio ejercitado por el consumidor, por ejemplo, resolviendo el contrato[221]. En caso de disputa entre las partes en relación

---

217. En este sentido, véanse, en relación con la DCD, SEIN, K. Y SPINDLER, G., «'The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, p. 265.

218. En relación con el artículo 119 bis TRLGDCU, véanse MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», *op. cit.*, p. 291; y LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1745. En relación con la propuesta de DCV, ARROYO I AMAYUELAS, E., «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *op. cit.*, p. 25. En relación con el antiguo artículo 122 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1772.

219. SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 379; MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», *op. cit.*, p. 291; ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 134.

220. STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 249; MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», *op. cit.*, p. 291.

221. En este sentido, en relación con el artículo 120 CESL véase ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.*, p. 527.

con la cuantía de la reducción del precio, la cuestión deberá resolverse en vía judicial[222].

Los efectos de la reducción del precio varían en función de si el consumidor ha pagado o no todo o parte del precio en el momento en el que realiza la declaración. Cuando el consumidor aún no ha pagado todo el precio, aquel puede exigir la reducción –a iniciativa propia o como defensa a la reclamación del empresario exigiéndole el pago–, abonando una cantidad inferior a la pactada, calculada conforme al método previsto en los artículos 14.5 DCD y 119 bis TRLGDCU[223] o alternativamente reclamar al empresario el reembolso de la cantidad abonada de más.

En caso de que el consumidor ya hubiera pagado la totalidad del precio de los contenidos o servicios digitales antes de declarar la reducción del precio, aquel únicamente tiene la posibilidad de reclamar al empresario el reembolso de la cantidad pagada de más. El empresario está obligado a realizar el reembolso de dicha cantidad conforme a los plazos y modalidades regulados en los artículos 18 DCD y 119 quater TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76 CCCat, que se remite al artículo 621-77.3 CCCat)[224].

El consumidor puede suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del contenido o servicio digital adquirido para hacer efectivo su derecho a la reducción del precio. En efecto, el artículo 117.1 TRLGDCU reconoce al consumidor la facultad de suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el título IV del TRLGDCU, relativo a las garantías y servicios posventa[225]. Y estas obliga-

222. En relación con el artículo 119. bis TRLGDCU, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», *op. cit.,* p. 291; en relación con el antiguo artículo 122 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.,* p. 1772; y en relación con la Directiva 1999/44, BIANCA, M. C., «Article 3. Rights of the consumer», *op. cit.*, p. 173.

223. En este sentido, en relación con la propuesta de DCV, ARROYO I AMAYUELAS, E., «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *op. cit.*, p. 25.

224. En relación con los plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario, véase el apartado IV.5 de este capítulo.

225. A diferencia del artículo 117.1 TRLGDCU, el artículo 621-39.2 CCCat –aplicable al contrato de contenidos o servicios digitales–, no hace referencia a todas las obligaciones del vendedor establecidas en el CCCat, sino solo a «las derivadas de la puesta en conformidad del bien».

ciones comprenden la puesta en conformidad, una vez el consumidor la solicita al empresario, sino también la obligación de reembolso derivada de la reducción del precio, si el consumidor tiene derecho a dicha medida correctora[226].

4. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR FALTA DE CONFORMIDAD

4.1. Introducción

En caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, el consumidor puede exigir la resolución del contrato, como alternativa a la reducción del precio, con arreglo a los requisitos previstos en los artículos 14.4 y 6 DCD y 119 y 119 ter TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76 CCCat), los cuales varían en función de si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio o a cambio de datos personales.

El consumidor puede ejercer su facultad de resolver el contrato, judicial o extrajudicialmente. En este último caso, el consumidor ejercita la resolución mediante una declaración expresa dirigida al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato (artículos 15 DCD y 119.ter 1 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-42.4 CCCat). Si la resolución es extrajudicial, el consumidor puede acudir a la vía judicial en caso de que el empresario se oponga a la misma, para que el tribunal declare que el consumidor resolvió correctamente el contrato y ejecute sus efectos. La sentencia que declara que el consumidor resolvió correctamente tiene efectos declarativos de ineficacia sobrevenida del contrato[227].

---

226. En este sentido, en relación con el artículo 13.6 DCV, véase GÓMEZ POMAR, F., «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», *op. cit.*, p. 522.

227. En este sentido, en relación con el ejercicio de la resolución en el derecho español, véanse CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, pp. 1207-1208 y p. 1247. En relación con la PDCD-COM, CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 64, pone de manifiesto que con esta regla «se armonizará en toda la Unión Europea una disparidad existente entre países que sólo admiten la resolución judicial (…) y países que admiten además la resolución extrajudicial mediante la oportuna notificación, como ocurre en España». En relación con el antiguo artículo 121 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1769. En esta línea, en relación con el ejercicio de la resolución en el CCCat, véase ANDERSON, M., «Comentari a l'article 621-37. Remeis», *op. cit.*, p. 383.

La resolución pone fin al contrato y libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del mismo. Por otro lado, resuelto el contrato, las partes deberán restituirse las prestaciones ya realizadas[228]. El legislador europeo y español regulan, en detalle, la restitución de las prestaciones derivada de la resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales en los artículos 16 y 17 DCD y 119 ter. 5 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* los artículos 621-76.3 a 5 y 621-77.2 y 4 a 7 CCCat).

En efecto, la restitución de las prestaciones en este tipo de contratos presenta una problemática específica, distinta de la que se da en la compraventa de bienes, que cuenta con unas reglas concretas en la DCD y en el TRLGDCU. Estos textos normativos regulan, entre otras cuestiones, la obligación del empresario de rembolsar al consumidor los importes pagados en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de un precio y durante un período, si los contenidos o servicios digitales han sido conformes durante un período anterior a la resolución del contrato [artículos 19.1 DCD y 119 ter.5.a) TRLGDCU]. También establecen las obligaciones del empresario en relación con los datos personales facilitados por el consumidor [artículos 16.2 DCD y 119 ter.b) TRLGDCU], así como en relación con los contenidos, que no sean datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados [artículos 16.4 DCD y 119.ter.d) TRLGDCU][229].

Este capítulo se centra en el estudio de dos aspectos concretos de la resolución del contrato de contenidos o servicios digitales por falta de conformidad. En primer lugar, de los requisitos de la resolución del contrato por falta de conformidad, distinguiendo el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y a cambio de datos personales. Y, en segundo lugar, del alcance de la resolución del contrato por falta de

228. Véanse los artículos 1184 y 1185 PMCC, 2023.

229. Por otro lado, el legislador español ha regulado, en el apartado 7 del artículo 119 ter TRLGDCU, el derecho del empresario a resolver el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales cuando el consumidor retire su consentimiento o se oponga al tratamiento de datos personales cuando «el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte». De acuerdo con el precepto citado, el ejercicio de estos derechos por el consumidor no debe comportar el pago de penalización alguna a su cargo. Por lo tanto, se excluye la posibilidad que el empresario exija al consumidor una indemnización por los daños y perjuicios (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-78 CCCat, relativo a la revocación del consentimiento por parte del adquirente de contenidos o servicios digitales).

conformidad. Por lo tanto, no trata otras cuestiones relacionadas con la resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales –como el ejercicio de la facultad de resolver el contrato o los efectos de la resolución–, que son objeto de un análisis exhaustivo en el capítulo 8 de esta obra[230].

4.2. Requisitos de la resolución del contrato por falta de conformidad

A) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio

Si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio, la DCD y el TRLGDCU sujetan el derecho del consumidor a resolver el contrato a un doble requisito[231].

En primer lugar, al igual que la reducción del precio, la resolución del contrato es, por regla general, un remedio subsidiario o secundario, que el consumidor solo puede exigir en alguno de los cinco supuestos de transición a los remedios secundarios previstos en los artículos 14.4 DCD y 119 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.1, que se remite al artículo 621-40 CCCat)[232]. Con todo, tal como se ha examinado, el consumidor puede resolver directamente el contrato, sin necesidad de exigir previamente la puesta en conformidad, si está justificado dada la gravedad de la falta de conformidad [artículos 14.4.d) DCD y 119.e) TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.c) CCCat].

En segundo lugar, y a diferencia de la reducción del precio, la resolución del contrato no procederá si la falta de conformidad es leve (artículo 14.6 DCD) o de escasa importancia, correspondiendo la carga de la prueba al empresario (artículo 119 *ter*.2 TRLGDCU); (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.2 CCCat, que emplea la expresión falta de conformidad leve; y el artículo 621-40.3 CCCat, en relación de la carga de la prueba, que corresponde al suministrador[233]).

---

230. Véase el capítulo 8 de esta obra, relativo a la resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, de Marian Gili Saldaña.

231. Este doble requisito también es exigible en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en los que la contraprestación es parte en dinero y parte en datos personales, a los que se refiere el considerando 67 DCD.

232. Sobre los supuestos en los que el consumidor puede exigir los remedios de segundo nivel, véase el apartado IV. 2 de este capítulo.

233. En este sentido, véase ARNAU RAVENTÓS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», *op. cit.*, p. 91, quien señala que si bien el artículo 621-

Con este requisito adicional, el legislador europeo pretende mantener el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, dados los efectos que la resolución contractual produce en la eficacia del contrato[234]. En efecto, si la falta de conformidad es de escasa importancia, prevalece el interés del empresario en conservar el contrato –con un precio reducido–, sobre el interés del consumidor en resolverlo. En este caso, el consumidor debe quedarse con los contenidos o servicios digitales no conformes y solo puede exigir la reducción proporcional del precio. Además, la norma busca evitar que el consumidor ejercite el remedio resolutorio de manera oportunista, como medio para desligarse de un contrato que ya no le interesa, a pesar de que la falta de conformidad sea menor[235].

Cabe destacar que el artículo 14.6 DCD se aparta de la propuesta inicial contenida en la PDCD-COM. En concreto, el artículo 12.5 PDCD-COM proponía que el consumidor solo pudiese resolver el contrato si la falta de conformidad impedía la «funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales, tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad (…)». Este precepto fue criticado, entre otros motivos, porque hubiera dado lugar a una litigación innecesaria sobre si el defecto impedía o no las características principales de funcionamiento de los contenidos digitales. Además, implicaba que el consumidor no podía resolver el contrato si el contenido digital funcionaba, pero el funcionamiento de los contenidos era muy insatisfactorio para el consumidor[236]. Por todo ello, cabe valorar positivamente que el legislador

---

76.2 CCCat no recoge expresamente la regla conforme a la cual la prueba de la falta de conformidad corresponde al suministrador, esta exigencia se deriva del artículo 621-40.3 CCCat, aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales en virtud de la remisión que hace el artículo 621-67.2 CCCat.

234. En este sentido, véase el considerando 53 DCV. En la doctrina, véanse SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 270; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, pp. 1218.

235. Sobre ello, véase GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual», *op. cit.*, pp. 1232-1235. Con todo, los autores defienden (pp. 1241 y ss.) que: «El reconocimiento de un derecho a resolver generoso para el consumidor, aunque ha sido muy criticado por su capacidad para incentivar comportamientos oportunistas, también puede tener, bajo determinadas circunstancias, efectos positivos».

236. En este sentido, véase EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers (…)*, *op. cit.*, p. 29. Por ello, el ELI recomendó una nueva redacción del artículo 12.5 DCD que previera que el consumidor no puede resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia.

europeo optara por equiparar, en este punto, el régimen del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales con el de la compraventa de bienes de consumo[237].

El artículo 14.6 DCD, de manera paralela al artículo 13.5 DCV, sigue el modelo establecido en el artículo 3.6 Directiva 1999/44 que, para resolver el contrato, exigía que la falta de conformidad no fuera de escasa importancia, el cual se incorporó en el derecho español en el antiguo artículo 121 TRLGDCU. En efecto, el legislador europeo de la Directiva 1999/44 adoptó un sistema jerárquico de remedios, en el que el comprador, en primer lugar, podía exigir el cumplimiento específico y, únicamente si no se cumplían los requisitos para la puesta en conformidad, el consumidor podía solicitar, como remedio subsidiario, la resolución del contrato. Dado que había jerarquía de remedios y el vendedor tenía la oportunidad de subsanar la falta de conformidad, la Directiva 1999/44 no requería, como requisito de la resolución, que la falta de conformidad fuese grave o esencial, sino solo que aquella no fuese de escasa importancia[238].

De este modo, el legislador europeo de la Directiva 1999/44 –al igual que el legislador europeo de 2019–, no siguió el modelo del CISG, que no prevé una jerarquía de remedios, que priorice la puesta en conformidad y que únicamente permite al comprador declarar resuelto el contrato por falta de conformidad en caso de incumplimiento esencial, en los términos definidos en el artículo 25 CISG [artículo 49.1.a) CISG][239]. Este es el modelo que ha sido adoptado en algunas propuestas de derecho contractual europeo posteriores, en concreto en los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL) (artículo 9:301 PECL) y en el DCFR [artículo III.–3:502(1) DCFR].

---

237. Valoran positivamente este cambio respecto de la PDCD-COM, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 265; y SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit*, p. 378.

238. En este sentido, véanse SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 269; FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, Fasc. I, 2009, pp. 218-219; y ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», *op. cit.*, p. 39.

239. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 269; y MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1767.

Un tercer modelo, que tampoco ha sido adoptado por las DCD y DCV, es el del CESL, cuyo artículo 114.2 permitía al consumidor optar directamente por la resolución del contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos digitales en caso de falta de conformidad, salvo que aquella fuera insignificante[240]. Además de las diferencias existentes entre el CESL y la DCD en relación con la previsión o no de una jerarquía de remedios, resulta dudoso si exigir que la falta de conformidad no sea insignificante (artículo 114.2 CESL) equivalga a requerir que aquella no sea leve (artículo 14.6 DCD)[241].

En este contexto, la principal problemática que se plantea es la de determinar qué se entiende por falta de conformidad que no es leve (artículos 14.6 DCD) o de escasa importancia (artículo 119 *ter*.2 TRLGDCU). En primer lugar, y de acuerdo con lo señalado más arriba, el concepto de falta de conformidad que no es leve del artículo 14.6 DCD debe diferenciarse del concepto de incumplimiento esencial del artículo 25 CISG. La DCD no exige como requisito para que el consumidor pueda resolver el contrato que el incumplimiento «cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato»[242].

En el ordenamiento jurídico español, también cabe afirmar que no hay una coincidencia entre el concepto de falta de conformidad que no sea de escasa importancia (artículo 119 *ter*.2 TRLGDCU) y la noción de incumplimiento resolutorio (artículo 1124 CC), entendido por la doctrina y la jurisprudencia españolas, como el incumplimiento grave, esencial o importante que frustra la finalidad que la otra parte podía legítimamente esperar del contrato[243]. El artículo 1124 CC es más estricto que el artículo 119 *ter*.2 TRLGDCU,

240. De acuerdo con ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.*, p. 518, el artículo 114.2 CESL relaja el requisito exigible para la resolución del contrato por falta de conformidad, que no tiene que ser esencial, sino únicamente no insignificante.

241. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 270.

242. En este sentido, véanse, en relación con la DCD, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 265; y, en relación con la DCV, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, pp. 228-229, quien afirma que: «Entre lo leve y lo grave hay todo un conjunto de supuestos intermedios en los que el defecto ni es esencial, ni es tampoco absolutamente despreciable».

243. Sobre el concepto de incumplimiento resolutorio en el artículo 1124 CC, véanse GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual», *op. cit.*, p. 1206; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit*, p. 1227.

en cuanto a la entidad del incumplimiento contractual exigido para poder resolver el contrato. Por ello, cabe concluir que, en el TRLGDCU, el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales puede resolverse si la falta de conformidad no es de escasa importancia, sin que sea necesario, además, que aquella sea grave o esencial[244].

Ni la DCD ni el TRLGDCU ofrecen criterios para valorar la importancia de la falta de conformidad. En consecuencia, en caso de desacuerdo entre las partes en relación con esta cuestión, la determinación de si la falta de conformidad es o no leve deberá realizarse, caso por caso, por los tribunales[245].

Para determinar si la falta de conformidad es leve o de escasa importancia, la doctrina ha señalado que es necesario atender a un parámetro subjetivo que tenga en cuenta la finalidad que tuvieran los contenidos o servicios digitales para el consumidor. Para ello, es preciso interpretar el contrato en cuestión con el fin de averiguar los fines específicos para los que aquel necesita los contenidos o servicios digitales. En caso de que el consumidor hubiera puesto en conocimiento del empresario, en el momento de la celebración del contrato, dichos fines específicos, por regla general, la falta de conformidad que afecte a aquellos no será considerada leve o de escasa importancia. Además, pueden tenerse en cuenta otras circunstancias de la relación contractual. Por ello, aunque los intereses del consumidor no fueran comunicados al empresario en el momento de contratar, también podrían ser valorados para evaluar si la falta de conformidad es o no leve.

En caso de que la relevancia de la falta de conformidad no pueda determinarse conforme a los criterios anteriores, aquella puede evaluarse de manera objetiva teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales. Esto es, mediante un análisis, en abstracto, relativo a si en

---

244. Para un estudio exhaustivo sobre la cuestión en relación con el anterior artículo 121 TRLGDCU, véase FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *op. cit.*, quien tras comparar la resolución del artículo 121 TRLGDCU con la del artículo 1124 CC y el *aliud pro alio*, concluye que: «los supuestos de hecho de estas resoluciones son distintos por lo que respecta a la entidad del incumplimiento resolutorio» (p. 220). En la misma línea, en relación con el antiguo artículo 121 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.,* p. 1768.

245. En este sentido, en relación con la DCV, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, pp. 226-227. En relación con el antiguo artículo 121 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.,* p. 1768.

el mercado la falta de conformidad en cuestión en el tipo de contenido o servicio digital adquirido es considerada de escasa importancia o si, por el contrario, tiene una importancia no despreciable[246].

En concreto, un parámetro importante a considerar para determinar la levedad o no de la falta de conformidad es la duración del contrato y si la falta de conformidad se repite o no en el tiempo. En los contenidos o servicios digitales que se suministran durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio, una determinada falta de conformidad puede ser considerada leve o de escasa importancia si, con posterioridad, el suministro se produce de forma conforme –por ejemplo, en el servicio de almacenamiento en la nube o la suscripción a una plataforma de contenidos audiovisuales o de música en *streaming*, no poder acceder al servicio o a los contenidos digitales durante unos pocos minutos un día–. En cambio, la misma falta de conformidad leve puede adquirir suficiente trascendencia y justificar la resolución del contrato, si aquella se mantiene en el tiempo o si se repite periódicamente –por ejemplo, si el consumidor no puede acceder a los servicios o contenidos digitales durante unos minutos al día tres veces al mes–[247].

B) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales

Si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio de datos personales, la DCD y el TRLGDCU sujetan el derecho del consumidor a resolver el contrato a un único requisito. En concreto, tiene que concurrir alguno de los cinco supuestos de transición a los remedios secundarios previstos en los artículos 14.4 DCD y 119 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.1, que se remite al artículo 621-40 CCCat).

A diferencia de lo exigido en el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio, en el suministro a cambio de datos personales el consumidor tiene derecho a resolver el contrato ante cualquier falta de conformidad, también si aquella es de carácter leve o de escasa

246. En este sentido, en relación con la DCD, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 265; en relación con la DCV, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit*., p. 227; y en relación con el antiguo artículo 121 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.,* pp. 1767-1768.

247. En este sentido, SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit*, p. 378; y GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit*., p. 265.

importancia (artículos 14.6 y 119 *ter*.2 TRLGDCU; en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.6 CCCat). Esta norma se justifica en la necesidad de no dejar sin medidas correctoras, en el segundo nivel de remedios, a los consumidores que facilitan sus datos personales como contraprestación en aquellos casos en los que la falta de conformidad es leve, ya que no disponen de una corrección consistente en la reducción del precio (considerando 67 DCD).

Además, esta regla responde a la práctica existente en el mercado de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales, en el que los suministradores de tales contenidos y servicios suelen reconocer a los consumidores el derecho a desistir del contrato sin necesidad de causa determinada. Así, los términos y condiciones de determinados servicios que se ofrecen a cambio de datos personales, como redes sociales o servicios de almacenamiento en la nube, suelen permitir al consumidor darse de baja del servicio en cualquier momento[248].

En relación con los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en los que la contraprestación sea parte en dinero y parte en datos personales, el considerando 67 DCD afirma que: «el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad. En particular, siempre que se cumplan todas las demás condiciones, el consumidor debe tener derecho a que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, a que se reduzca el precio en relación con el importe pagado por los contenidos o servicios digitales, o a resolver el contrato». Teniendo en cuenta que el consumidor puede exigir la reducción del precio en el segundo nivel de remedios, cabe defender que en este tipo de contratos la regla aplicable es que el consumidor no podrá resolver el contrato si la falta de conformidad es leve o de escasa importancia.

4.3. Alcance del derecho de resolución

A) Suministro de múltiples contenidos o servicios digitales en virtud de un único contrato y falta de conformidad que afecta a alguno o algunos de ellos

A diferencia de la DCV, que se ocupa de la resolución parcial del contrato de compraventa de bienes, la DCD no establece un régimen de resolución

248. SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 378.

específico para el caso en que el consumidor adquiera múltiples contenidos o servicios digitales en virtud de un único contrato y la falta de conformidad afecte únicamente a alguno de ellos. Los artículos 16.2 DCV[249] y 119 ter.3 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-40.2 CCCat), limitan la facultad de resolución del consumidor si el contrato de compraventa tiene por objeto varios bienes y solo alguno o algunos de los bienes no son conformes con el contrato[250]. En este caso, el consumidor solo puede resolver el contrato respecto de los bienes no conformes. Excepcionalmente, la resolución también afecta a los bienes conformes adquiridos conjuntamente con el bien no conforme, si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte conservar únicamente los bienes conformes.

En este contexto, se plantea si, en el ámbito del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, puede aplicarse la misma limitación a la facultad del consumidor de resolver el contrato cuando aquel tiene por objeto múltiples contenidos o servicios digitales y la falta de conformidad afecta únicamente a alguno o algunos de ellos. A favor de aplicar esta regla se ha defendido que no existe una razón para tratar de manera distinta ambas situaciones. Si un consumidor adquiere varios contenidos digitales y solo uno de ellos no es conforme, es razonable que el consumidor solo pueda resolver en lo relativo a dicha parte, excepto que el contrato sea de tal naturaleza, que el cumplimiento parcial no tenga valor para el consumidor. Esta es la regla que proponía el artículo 117 CESL, relativo al alcance del derecho de resolución, y que aplicaba tanto al contrato de compraventa de bienes, como al contrato de suministro de contenidos o servicios digitales.

Por todo ello, cabe defender la aplicación por analogía de los artículos 16.2 DCV y 119 ter.3 TRLGDCU al contrato de suministro de contenidos o servicios digitales[251]. En el derecho catalán, también puede aplicarse el artículo 621-40.2 CCCat, relativo a la resolución parcial, al suministro de contenidos y servicios digitales, en virtud de la remisión que el artículo 621-67.2 CCCat hace a las normas de la compraventa.

---

249. Véase también el considerando 58 DCV.

250. En el CESL, el artículo 117, incluía una regulación de la resolución parcial del contrato de compraventa de bienes y de suministro de contenidos digitales.

251. En este sentido, en relación con la DCD, ARNAU RAVENTOS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias presentaciones», en ARROYO I AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (coords.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 95; y en relación con el artículo 119.ter DCD, LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1755.

B) Suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período y falta de conformidad que afecta a un período de tiempo determinado

En relación con la obligación de reembolso del empresario en caso de resolución por falta de conformidad, los artículos 16.1, 2.º párrafo, DCD y 119 ter.5.a), 2.º párrafo, TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.3 CCCat) establecen una regla especial aplicable a los contenidos o servicios digitales que se suministran a cambio del pago de un precio y durante un período, cuando la falta de conformidad afecta solo a un período de tiempo determinado.

En concreto, dichos preceptos establecen que, si los contenidos o servicios digitales han sido conformes durante un período anterior a la resolución del contrato, el empresario no deberá devolver al consumidor todos los importes pagados con arreglo al contrato, sino únicamente la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período durante el cual los contenidos o servicios digitales no fueron conformes. Así como toda parte del precio pagado por el consumidor como avance de cualquier período restante del contrato en caso de que este no hubiese sido resuelto[252].

Cabe destacar que la DCD no trata el caso de la falta de conformidad que afecta solo a un período de tiempo como un supuesto de resolución parcial del contrato. El consumidor tiene derecho a resolver el contrato en su totalidad, si concurren los requisitos exigidos para la resolución. En este punto, la DCD difiere de la PDCD-COM, que proponía que las faltas de conformidad temporales que afectaran los contenidos digitales suministrados durante un período de tiempo dieran derecho al consumidor a resolver el contrato, solo en relación con dicha parte del período de tiempo durante el que los contenidos digitales no hubieran sido conformes (artículo 13.5 PDCD-COM)[253].

A pesar de que la DCD no establece para estos casos la resolución parcial del contrato, al establecer que el empresario únicamente tendrá la obligación

252. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 266, defiende que la regla del artículo 16.1 DCD no debería ser aplicable en caso en que el consumidor no tenga un interés en el cumplimento parcial del contrato.

253. Este precepto fue criticado por el ELI. Véase EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers* (…), *op. cit.*, p. 30.

de restituir la parte de las cantidades recibidas que correspondan a la parte de los contenidos o servicios digitales conformes, aquella está estableciendo una especie de resolución parcial[254]. Esta regulación debe complementarse, además, con los artículos 17.3 DCD y 119 ter.6.c) TRLGDCU que prevén que el empresario no podrá reclamar al consumidor «ningún pago por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato, durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes» (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.5 CCCat).

5. PLAZOS Y MODALIDADES DE REEMBOLSO POR PARTE DEL EMPRESARIO

5.1. Introducción

En caso de que el empresario esté obligado a realizar un reembolso al consumidor debido a una reducción del precio o a la resolución del contrato, aquel debe ejecutarlo de conformidad con los plazos y las modalidades regulados en los artículos 18 DCD y 119 quater TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76 CCCat, que se remite al artículo 621-77.3 CCCat)[255].

Estos preceptos no tienen un precedente en la anterior Directiva 1999/44 y la DCV tampoco se ocupa de esta cuestión para la compraventa de bienes, cuya regulación deja en manos de los legisladores nacionales[256]. Sin

254. En este sentido, véase GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 266. En la misma línea, ARNAU RAVENTOS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias presentaciones», *op. cit.*, p. 96, señala que «la restitución parcial (…) gráficamente, se identifica como un supuesto de resolución parcial».

255. Estas normas no se ocupan de la cuantía del reembolso, la cual se determina, en caso de reducción del precio, de acuerdo con los artículos 14.5 DCD y 119 bis TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-41 CCCat); y, en el caso de resolución del contrato, de conformidad con los artículos 16.1 DCD y 119.ter.5.a) TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* los artículos 621-76.3 y 621-77.2 CCCat). Los preceptos citados establecen diferentes reglas en función de si el suministro de contenidos o servicios digitales se produce en un único acto o en una serie de actos individuales del suministro o durante un período de tiempo.

256. Véase considerando 60 DCV. El legislador español ha optado por regular esta cuestión en el artículo 119 quater TRLGDCU relativo a los plazos y modalidades del reembolso por parte del empresario en caso de reducción del precio o resolución del contrato, el cual es aplicable al contrato de compraventa de bienes y al contrato de suministro de contenidos o servicios digitales.

embargo, dichas reglas no son del todo novedosas en el ámbito del derecho de consumo, puesto que se corresponden con las previstas en los artículos 13 Directiva 2011/83/UE[257] y 107 TRLGDCU, en relación con los plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario en caso de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil.

Cabe destacar que el legislador europeo no ha regulado las consecuencias del retraso o el incumplimiento de la obligación de reembolso prevista en el artículo 18 DCD[258]. Tampoco lo ha hecho el legislador español en el artículo 119 quater TRLGDCU, a pesar de que corresponde a los Estados miembros garantizar la existencia de medios adecuados y efectivos para asegurar el cumplimiento de la DCD (artículo 21.1 DCD)[259].

5.2. Plazos de reembolso

En relación al plazo dentro del cual el empresario debe ejecutar el reembolso, los artículos 18.1 DCD y 119 quater.1 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-77.3 CCCat) exigen que se realice sin demora

257. Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DOUE núm. L 304/64, de 22.11.2011). En este sentido, véase TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (edrs.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary,* Baden-Baden, München, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, p. 315.

258. Sobre ello, véase TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», *op. cit.*, p. 316. Crítico con la ausencia de una previsión sobre las consecuencias de la infracción de esta obligación del empresario en la PDCD-COM, véase CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 66.

259. En la línea de los artículos 13 Directiva 2011/83/UE y 107 TRLGDCU, aplicables al desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil, que tampoco regulan las consecuencias del incumplimiento de la obligación de reembolso. En cambio, el artículo 76 TRLGDCU, que forma parte del régimen general del derecho de desistimiento, sí que prevé que: «Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad». Véase también los artículos 76 bis TRLGDCU (Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios) y 110 TRLGDCU (Falta de ejecución del contrato a distancia). Sobre el reembolso del pago en caso de desistimiento véase BERMÚDEZ BALLESTEROS, S., «El derecho de desistimiento», en CARRASCO PERERA, A. (Dir.) *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 270-271.

indebida y, en cualquier caso, dentro de un plazo máximo de catorce días. El cómputo del plazo se inicia en la fecha en la que el empresario ha sido informado de la decisión del consumidor de reducir el precio o de resolver el contrato[260].

Exigir que el empresario realice el reembolso sin demora indebida no equivale a que el empresario deba ejecutarlo inmediatamente, en todo caso[261]. Es aceptable que el empresario realice el reembolso tras el transcurso de un breve período de tiempo, puesto que puede necesitar unos días para verificar si el consumidor está legitimado para ejercer el derecho o para comprobar que la cuantía reclamada es la debida. En cualquier caso, el reembolso debe realizarse antes que finalice el período máximo de 14 días[262].

En relación con el momento en el que debe iniciarse el cómputo del plazo para el reembolso, en caso de que el contrato tenga por objeto contenidos digitales suministrados en un soporte material, cabe plantearse si puede retrasarse el inicio del cómputo al momento de la recepción del soporte material o, en su caso, de una prueba aportada por el consumidor que lo ha devuelto. La DCD no establece una regla en este sentido y deja la cuestión a manos de la legislación nacional de los Estados miembros (considerando 15 DCD)[263].

El legislador español no ha adoptado una norma en este sentido, a pesar de que sí lo ha hecho en relación con el reembolso derivado de la resolución

---

260. El plazo dentro del cual el empresario debe ejecutar el reembolso derivado de la reducción del precio o la resolución del contrato (artículo 18.1 DCD), coincide con el plazo que el comerciante tiene para reembolsar todo pago recibido del consumidor en caso de desistimiento (artículo 13 Directiva 2011/83/UE).

261. Por lo tanto, no siempre es aplicable a la obligación de reembolso del artículo 18.1 DCD aquello previsto en el considerando 61 DCD respecto de la obligación del empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales. Dicho considerando afirma que sin demora indebida «ha de significar tener que suministrarlos inmediatamente».

262. En este sentido, véase TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», *op. cit.*, p. 310. En la misma línea, LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 1772-1773, quien añade que los catorce días son días naturales (con base en los artículos 5.2 CC y 71.1 TRLGDCU). El artículo 107 TRLGDCU también habla de 14 días naturales.

263. De acuerdo con el considerando 15 DCD: «Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad, por ejemplo, de regular (…) si el empresario ha de tener derecho a retener cualquier reembolso debido al consumidor en el momento de resolución del contrato hasta que este cumpla la obligación establecida en la presente Directiva, de devolverle el soporte material». En este sentido véase, TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», *op. cit.*, p. 311.

del contrato de compraventa de bienes (en concreto, en el artículo 119 quater.1, segundo párrafo, TRLGDCU)[264]. Esta diferencia podría estar justificada porque mientras que, en el contrato de compraventa, el consumidor siempre tiene la obligación de restituir los bienes en caso de resolución del contrato [artículo 119.ter.b) TRLGDCU]; en el contrato de suministro de contenidos digitales en un soporte material, el consumidor solo tiene la obligación de devolver el soporte material en caso que el empresario se lo solicite [artículo 119 ter.6.b) TRLGDCU].

5.3. Modalidades de reembolso

Por lo que hace a las modalidades de reembolso, la regla por defecto, establecida en los artículos 18.1 DCD y 119 quater.2 TRLGDCU (en el derecho catalán, *vid.* el artículo 621-77.3 CCCat), es que el empresario debe efectuar el reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para pagar el precio de los contenidos o servicios digitales. Sin embargo, las partes pueden haber acordado expresamente otro modo de reembolso[265]. Como límite a este acuerdo, se establece que el modo alternativo de reembolso no puede suponer un coste adicional para el consumidor como, por ejemplo, el cobro de una comisión por parte de su entidad financiera[266]. La exigencia de un acuerdo excluye la posibilidad que alguna de las partes imponga su voluntad a la otra, con independencia de quien haya propuesto el uso de un medio alternativo de pago[267].

Los artículos 18.3 DCD y 119 quater.3 TRLGDCU impiden que el empresario pueda imponer al consumidor ningún cargo por el reembolso. Por lo

---

264. LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 1774 coincide en defender que la regla del artículo 119 quater.1, segundo párrafo, no se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

265. Nótese la diferente redacción del artículo 18.1 DCD, que emplea la expresión «salvo que el consumidor lo hubiese acordado expresamente de otro modo» y el artículo 119 quater.2 TRLGDCU, que prevé «salvo que se hubiese acordado expresamente entre las partes de otro modo». Por otro lado, el artículo 621-77.3 CCCat establece: «salvo voluntad contraria de este», refiriéndose al consumidor.

266. El ejemplo es de TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», *op. cit.*, p., p. 313.

267. TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», *op. cit.*, p. 313, quien, además, señala que este acuerdo no puede formar parte de las condiciones generales del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, sino que el consentimiento del consumidor debe obtenerse inmediatamente antes de realizar el reembolso.

tanto, el reembolso derivado de la resolución o la reducción del precio debe realizarse de forma gratuita[268]. El consumidor debe recibir la totalidad de la cuantía debida con arreglo a lo previsto en la DCD y el TRLGDCU. En otras palabras, el empresario no puede deducir del importe de las cantidades debidas ninguna cuantía derivada, por ejemplo, de cargos por los costes de administración en los que ha incurrido para verificar que el consumidor tiene, efectivamente, derecho a una reducción del precio o la resolución del contrato[269].

V. SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO

1. AUSENCIA DE ARMONIZACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO EN LA DCD

La DCD no incluye, dentro de la regulación armonizada de los remedios del consumidor por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, el derecho a suspender el pago del precio hasta que el empresario cumpla con las obligaciones derivadas de la Directiva. Ahora bien, el considerando 15 DCD admite que los Estados miembros puedan regular el derecho del «consumidor, en los casos de falta de conformidad (…) a suspender el pago del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad». En consecuencia, la suspensión del pago del precio queda fuera del ámbito de armonización plena de la DCD y se rige por lo establecido en la legislación nacional. Ello aleja la DCD del objetivo de evitar la fragmentación jurídica en materia de remedios del consumidor en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales[270].

---

268. MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», *op. cit.*, p. 296.

269. TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», *op. cit.*, p. 315.

270. Críticos con la ausencia de armonización del derecho del consumidor a suspender el cumplimiento de su obligación de pagar el precio véanse, en relación con la DCD, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 249; en relación con la PDC-COM, EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers (…)*, *op. cit.*, p. 28, que proponía introducir un nuevo párrafo en el artículo 12.2 PDCD-COM con el siguiente contenido: «*The consumer shall be entitled to withhold the payment of any outstanding part of the price, or where the non-conformity is minor, an appropriate proportion of the outstanding amount of the price, until the supplier has brought the digital*

Esta regulación contrasta con la de la DCV que, en el ámbito de la compraventa de bienes y a diferencia de la anterior Directiva 1999/44[271], sí que reconoce en su artículo 13, relativo a las medidas correctoras por falta de conformidad, el derecho del consumidor a suspender «el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe hasta que el vendedor haya cumplido las obligaciones derivadas de la (…) Directiva» (artículo 13.6 DCV)[272]. Sin embargo, la DCV no armoniza de manera completa este remedio, puesto que deja en manos de los Estados miembros la determinación de las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho a suspender el pago (artículo 13.6, *in fine*, DCV)[273].

De este modo, el legislador europeo de 2019 abordó de manera distinta la regulación de este remedio en función de si el contrato es de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales, lo cual introduce diferencias injustificadas en el régimen jurídico de ambos contratos y afecta la uniformidad del derecho europeo de contratos[274]. En este punto, las DCV y DCD no siguen el modelo del CESL, que proponía una regulación del derecho a suspender el cumplimiento de la propia obligación aplicable

---

content into conformity with the contract». Con todo, SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit,* p. 384, ponen de relieve que: «*a very general rule providing for such a remedy in a maximum-harmonising directive would have created delineation problems upon transposition, eg whether more specific national rules concerning cases of likely insolvency of the trader would still be allowed under national law or not*».

271. Si bien la Directiva 1999/44 no regulaba la suspensión del pago del precio, aquella dejaba a salvo la regulación de este remedio existente en los derechos nacionales, puesto que su artículo 8.1 establecía que la Directiva no afectaba otros derechos que el consumidor pudiera invocar frente al empresario en virtud de las normas nacionales sobre responsabilidad contractual o extracontractual.

272. La expresión «parte del importe» podría hacer referencia a otros costes diferentes al precio del bien que pueden estar incluidos en el contrato como, por ejemplo, los gastos de la financiación ofrecida por el vendedor o los gastos de envío. En este sentido, véase CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), op. cit.*, p. 249.

273. Adicionalmente, el considerando 18 DCV también señala que: «(…) Al regular los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de ellas hasta que la otra parte cumpla sus obligaciones, los Estados miembros deben conservar la libertad de regular las condiciones y modalidades para que el consumidor suspenda el pago del precio».

274. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 243.

tanto al contrato de compraventa de bienes como al contrato de suministro de contenidos digitales[275].

En efecto, el artículo 106.1 CESL proponía incluir en la enumeración de remedios del adquirente de bienes y de contenidos digitales, el remedio consistente en «dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones (…)». Y el artículo 113 CESL proponía regular su régimen jurídico distinguiendo dos situaciones: aquella en la que el comprador debe cumplir «al mismo tiempo que el vendedor, o después de este» (artículo 113.1 CESL); y, aquella en la que debe cumplir «antes que el vendedor y crea razonablemente que el vendedor no cumplirá su obligación cuando esta venza» (artículo 113.2 CESL)[276]. La consecuencia legal de la suspensión del cumplimiento es, de acuerdo con el CESL, que el comprador no debe ejecutar su prestación hasta que el vendedor haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente (artículo 113.1 CESL); o mientras, razonablemente, siga creyendo que el vendedor no cumplirá su obligación cuando esta venza (artículo 113.2 CESL)[277].

Además, el CESL proponía incluir un precepto aplicable a los contratos de consumo –similar al actual artículo 13.6 DCV–, de acuerdo con el cual el consumidor puede ejercer la suspensión del pago del precio cuando el incumplimiento del contrato consiste en una falta de conformidad. En estos supuestos, el artículo 111.2 CESL declara que el consumidor que exija al empresario la puesta en conformidad, también puede ejercer, de manera compatible con el remedio anterior, la suspensión del pago del precio, durante el tiempo que dure la subsanación[278].

---

275. El CESL regulaba este remedio para ambos contratos. En concreto, en el artículo 113 CESL, relativo a la suspensión de las obligaciones del comprador y en el artículo 133 CESL, relativo a las obligaciones del vendedor. Con anterioridad al CESL, los PECL (artículo 9:201) y el DCFR (III.–3:401) proponían una regulación general del derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación.

276. En relación con el artículo 113 CESL, véanse SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 268; y ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.,* pp. 516 y ss.

277. SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 268 y ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.,* p. 515.

278. En particular, de acuerdo con el artículo 111.2 CESL si el consumidor «ha reclamado la subsanación de la falta de conformidad mediante la reparación o la sustitución de conformidad (…) [aquel] solo podrá recurrir a otros remedios si el comerciante no ha realizado la reparación o la sustitución en un plazo razonable, que no excederá de treinta días. Sin embargo, el consumidor podrá dejar en suspenso el cumplimiento durante ese tiempo». Sobre el precepto, véase ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.,* p. 516.

2. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD EN EL TRLGDCU Y EN EL CCCAT

2.1. Suspensión del pago del precio en el TRLGDCU

Con la reforma operada por el RDL 7/2021, el legislador español incorporó por primera vez en el elenco de remedios que el TRLGDCU reconoce al consumidor en caso de falta de conformidad, el derecho a suspender el pago del precio, no solo en el contrato de compraventa, sino también en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales[279]. De este modo, el legislador español hizo uso de la posibilidad que el considerando 15 DCD daba a los Estados miembros y extendió el derecho a suspender el pago del precio al consumidor de contenidos o servicios digitales, aumentando el nivel de protección ofrecido por la DCD[280]. En concreto, de acuerdo con el artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU, en caso de falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales: «el consumidor o usuario tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en [el Título IV del TRLGDCU, relativo a las garantías y servicios posventa]».

De manera paralela a lo señalado respecto de la reducción del precio, la suspensión del pago del precio solo está disponible si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio o en los supuestos en los que la contraprestación sea parte en dinero y parte en datos personales (considerando 67 DCD). El TRLGDCU no se refiere a la posibilidad que el consumidor que se obliga a facilitar datos personales como contraprestación pueda suspender su obligación si los contenidos o servicios digitales no son conformes[281]. Con todo, no se ve la razón por la

279. Con anterioridad a la reforma operada por el RDL 7/2021, el TRLGDCU no regulaba el derecho del consumidor a suspender el pago del precio. Sin embargo, tal y como señala MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1729, el consumidor podía suspender el pago del precio, si todavía no había pagado la totalidad del precio, alegando la excepción de incumplimiento, admitida por el Tribunal Supremo con base en los artículos 1100, *in fine*, y 1124 CC.

280. En este sentido, véase CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 18.

281. *Cfr.* con el derecho francés, que en la regulación del contrato de contenidos o servicios digitales, en concreto, en el artículo L224-25-1, segundo párrafo, *Code de la consommation* prevé que: «*Le consommateur a, par ailleurs, le droit de suspendre le paiement de tout ou partie*

que no se debe permitir también al consumidor suspender el cumplimiento de su obligación de facilitar sus datos personales.

El TRLGDCU no desarrolla las condiciones y modalidades de ejercicio de la suspensión del pago del precio, a pesar de que el artículo 13.6 DCV permite a los Estados miembros regular estas cuestiones. Ello genera numerosos interrogantes en relación con los requisitos, el alcance y las modalidades de ejercicio de este derecho en el TRLGDCU, así como su compatibilidad con el resto de remedios asociados a la conformidad[282]. En el derecho español, dicha incertidumbre se acentúa por la ausencia de una regulación general de la suspensión del cumplimiento de la propia obligación, que solo se reconoce legalmente para casos concretos en el CC en el ámbito del contrato de compraventa (*vid.* los artículos 1466, 1467, 1500 y 1502 CC)[283].

En algunos países de nuestro entorno, como Alemania[284] o Francia[285], los legisladores nacionales tampoco han adoptado, en la legislación de transposición de las DCV y DCD, reglas específicas sobre las condiciones

---

du prix ou la remise de l'avantage prévu au contrat jusqu'à ce que le professionnel ait satisfait aux obligations qui lui incombent au titre de la présente sous-section, dans les conditions des articles 1219 et 1220 du code civil».

282. Crítico con la ausencia de regulación de este remedio por parte del legislador español, véase CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 16, quien señala que «la decisión del RDL 7/2021 generará graves incertidumbres (…)».

283. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1154.

284. El legislador alemán no ha introducido en el BGB, como consecuencia de la transposición de las DCV y DCD, una norma específica relativa al derecho del consumidor a suspender el pago del precio. En consecuencia, a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales les son de aplicación las disposiciones del BGB sobre esta cuestión, que ya existían con anterioridad a la transposición. En concreto, el consumidor tiene derecho a suspender el pago del precio con base en el §273 y a negarse a pagar el precio con base en el §320 BGB. En este sentido, véase SCHULZE, R., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. Germany», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), SCHULZE, R. (ed.) *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook*, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2023, p. 291.

285. En el derecho francés, el artículo L224-25-1, segundo párrafo, *Code de la consommation* (introducido tras la transposición de las DCV y DCD por medio de la *Ordonnance n.°* 2021-*1247 du 29 septembre 2021)* reconoce al consumidor el derecho a suspender el pago del precio en el contrato de contenidos o servicios digitales, de acuerdo con las condiciones establecidas en los artículos 1219 y 1220 CCF (ambos introducidos en el CCF, por medio de la *Ordonnance n.°* 2016-*131 du 10 février 2016*). Sobre ello, véase,

y modalidades de ejercicio de la suspensión del pago del precio en caso de falta de conformidad, pero cuentan con normas generales relativas a esta institución en sus respectivos Códigos civiles (*vid.* el §320 BGB y los artículos 1219 y 1220 CCF).

En el derecho español, debe tenerse en consideración, para aquellas cuestiones de la suspensión del pago del precio no contempladas en el TRLGDCU, la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la excepción de incumplimiento fundada en los artículos 1124 y 1100, *in fine*, CC. De acuerdo con esta jurisprudencia, la excepción de incumplimiento contractual es un medio de defensa del deudor de una obligación sinalagmática, que puede negarse provisionalmente a cumplir su prestación hasta que la otra parte ejecute la suya u ofrezca su cumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*), o si la otra parte ha cumplido de manera defectuosa, hasta que aquella cumpla con exactitud (*exceptio non rite adimpleti contractus*). La excepción de incumplimiento contractual es una excepción en sentido material, que el deudor puede oponer frente la reclamación, judicial o extrajudicial, de cumplimiento o de resolución de la otra parte[286].

2.2. Suspensión del pago del precio en el CCCat

En el derecho catalán, el legislador incorporó en el CCCat, a raíz de la reforma operada por el DL 27/2021, el artículo 621-39.2 CCCat, de acuerdo con el cual «el comprador siempre puede suspender el pago de todo o parte del precio hasta que el vendedor no cumpla las obligaciones derivadas de

---

BORGHETTI, J. S., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. France», *op. cit.*, pp. 262-263.

286. En este sentido, en la doctrina, véase CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, pp. 1154-1155. Sobre la jurisprudencia relativa a la excepción de incumplimiento véanse, entre otras, las SSTS, 1.ª, Sec. 1.ª, núm. 156/2016, 15.3.2016 (RJ 2016, 841); núm. 294/2012, 18.5.2012 (RJ 2011, 6358); núm. 949/2011, 27.12.2011 (RJ 2012, 3530); y núm. 624/2010, 13.10.2010 (RJ 2010, 9152). En concreto, la STS, 1.ª, núm. 949/2011, 27.12.2011 (RJ 2012, 3530) resume esta jurisprudencia y afirma que: «(…) la excepción de incumplimiento contractual, en cualquiera de sus dos modalidades (…) constituye una de las consecuencias más importantes del carácter sinalagmático de un contrato y del principio de reciprocidad de las obligaciones en ella comprendidas, pues se funda en la regla del cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas y en la idea de que cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya y, a la inversa, en que ninguna de las partes puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria, sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia» (FD 2.º).

la puesta en conformidad del bien». Este precepto es aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en virtud de la remisión que el artículo 621-67.2 CCCat hace a las normas de la compraventa, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del contrato. Por lo tanto, el legislador catalán también optó por extender el derecho a suspender el pago del precio al adquirente de contenidos o servicios digitales, tal y como permitía el considerando 15 DCD.

El artículo 621-39.2 CCCat, a diferencia del TRLGDCU, se ocupa de las condiciones y modalidades de ejercicio de la suspensión del pago del precio, pero únicamente en lo que se refiere a la posibilidad que el adquirente de bienes, contenidos o servicios digitales suspenda «el pago de todo o parte del precio»[287]. Por otro lado, el derecho catalán sí que cuenta con una regulación del remedio consistente en la suspensión del cumplimiento de las respectivas obligaciones en sede de compraventa. En concreto, la suspensión del cumplimiento de la propia obligación se incluye dentro de la lista de remedios del comprador y del vendedor frente al incumplimiento contractual [*vid.* el artículo 621-37.1.b) CCCat]. Y el artículo 621-39.1 CCCat prevé que «el comprador y el vendedor pueden suspender, total o parcialmente, el cumplimiento de las obligaciones respectivas» en dos situaciones: «a) Si tienen que cumplir su obligación al mismo tiempo o después de que la otra parte haya cumplido las suyas, y esta no las cumple»; y «b) Si tienen que cumplir su obligación antes que la otra parte, [y]tienen motivos razonables para creer que la otra parte no cumplirá sus obligaciones y le notifican la suspensión»[288].

3. ANÁLISIS DE LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO EN EL TRLGDCU

3.1. Incumplimiento que permite activar la suspensión del pago del precio: falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales

El derecho del consumidor a suspender el pago del precio se regula en el artículo 117.1 TRLGDCU relativo a los remedios del consumidor en caso de

287. ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *op. cit.*, p. 88.

288. Este precepto ya formaba parte del CCCCat con anterioridad a la transposición de las DCV y DCD en el derecho catalán, si bien tenía una numeración distinta (*vid.* el antiguo artículo 621-40 CCCat).

falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales. Por lo tanto, el derecho del consumidor a suspender el pago del precio presupone que el empresario incumple el contrato por falta de conformidad. Esto es que, en el caso concreto, se da una falta de conformidad en los contenidos o servicios digitales (artículos 7, 8 y 9 DCD y 115 a 115 quater TRLGDCU); y que esta falta de conformidad se ha producido o manifestado dentro de los límites temporales previstos en el artículo 120 TRLGDCU[289].

En consecuencia, el artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU no faculta al consumidor a suspender el pago del precio en aquellos casos en los que el empresario incumpla el contrato por falta de suministro de los contenidos o servicios digitales (artículos 5 DCD y 66 bis TRLGDCU). La obligación del empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales se regula en el artículo 66 bis TRLGDCU, que forma parte del Título I del Libro II, y, por lo tanto, se sitúa fuera de las obligaciones del empresario del Título IV del Libro II.

Cabe destacar que la DCD permitía a los legisladores nacionales introducir normas sobre suspensión del pago en caso de falta de suministro de los contenidos o servicios digitales (considerando 15 DCD)[290], pero el legislador español del RDL 7/2021 no incorporó este remedio para este tipo de incumplimientos en el artículo 66 bis TRLGDCU[291]. Ello resulta criticable

---

289. Cabe plantearse, además, si el consumidor puede suspender el pago del precio cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad (artículo 124 TRLGDCU). En relación con el antiguo artículo 123.3 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1730, afirma que: «parece que la respuesta ha de ser positiva, siempre que su ejercicio no sea contrario a la buena fe. En tal caso, el consumidor no podrá "accionar" contra el vendedor (o más exactamente, el vendedor demandado podrá alegar la prescripción de la acción), pero sí podrá defenderse oponiendo a la reclamación de pago del precio la excepción de contrato no cumplido adecuadamente».

290. El considerando 15 DCD afirma en general –incluyendo el incumplimiento por falta de suministro y el incumplimiento por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales– que: «Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad, por ejemplo, de regular los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de estas hasta que la otra parte las cumpla». En el ámbito de la compraventa de bienes, el artículo 18.4 Directiva 2011/83/UE establece, en relación con los remedios frente al incumplimiento de la obligación del empresario de entregar los bienes, que: «Además de resolver el contrato con arreglo al apartado 2, el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional».

291. En el derecho francés, en cambio, tal como pone de manifiesto, BORGHETTI, J. S., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. France», *op. cit.*, p. 261, el artículo L 224-25-11, para. I, subpara. 1.º CCons sí que reconoce al consumidor la facultad de

puesto que el incumplimiento del contrato por falta de suministro supone el incumplimiento de una obligación recíproca, que también debería facultar al consumidor para suspender el pago del precio[292]. En defecto de un precepto en este sentido en el TRLGDCU, el consumidor podría fundar su derecho a suspender el pago del precio en la excepción de incumplimiento admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el derecho catalán, el adquirente de contenidos o servicios digitales que está obligado a pagar el precio, al mismo tiempo o después de recibir el suministro de los contenidos o servicios digitales, sí que puede suspender el pago del precio hasta que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales, con base en el artículo 621-39.1.a) CCCat.

3.2. Obligaciones del empresario respecto de las cuales puede ejercerse el derecho de suspensión. Compatibilidad de la suspensión con el resto de remedios

El artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU reconoce al consumidor de contenidos o servicios digitales la facultad de suspender el pago del precio hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el [Título IV, sobre las garantías y servicios posventa, del Libro II del TRLGDCU[293]]. En concreto, estas obligaciones comprenden la obligación del empresario de poner en conformidad los contenidos o servicios digitales (artículos 14.3 DCD y 118.2 TRLGDCU); y la obligación de reembolso del empresario (artículos 18 DCD y 119 quater.1 TRLGDCU).

En efecto, en primer lugar, el consumidor tiene la facultad de suspender el pago del precio mientras el empresario no ponga los contenidos o servicios digitales en conformidad (artículos 14.3 DCD y 118.2 TRLGDCU). Para que el consumidor pueda ejercer esta facultad, se requiere que se haya manifestado

---

suspender el pago del precio si el empresario incumple su obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales.

292. En este sentido, véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives», *op. cit.*, p. 39.

293. *Cfr.* con el artículo 621-39.2 CCCat que únicamente se refiere a la suspensión del pago del precio «hasta que el vendedor no cumpla las obligaciones derivadas de la puesta en conformidad del bien». De acuerdo con ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *op. cit.*, p. 88, respecto del resto de obligaciones del empresario cabría aplicar el artículo 621-39.1 CCCat.

la falta de conformidad en los contenidos o servicios digitales suministrados. Además, a pesar de que el artículo 117.1 TRLGDCU no lo prevea, parece razonable defender que el consumidor debe haber informado al empresario sobre la falta de conformidad y exigido la subsanación[294]. Así se prevé en el artículo 111.2 CESL, que propone que el consumidor que exija al empresario la puesta en conformidad, también puede ejercer, de manera compatible con el remedio anterior, la suspensión del pago del precio, durante el tiempo que dure la subsanación. En virtud del artículo 117.1 TRLGDCU, el consumidor también puede acumular los remedios consistentes en la exigencia de la puesta en conformidad y la suspensión de la propia obligación, por lo que se trata de remedios compatibles[295].

El TRLGDCU solo regula la suspensión del pago del precio frente al incumplimiento cierto del contrato por falta de conformidad, pero no se ocupa de la suspensión del pago del precio de manera anticipada frente al incumplimiento previsible. En concreto, en aquellos casos en los que el consumidor tenga motivos razonables para creer que se producirá una falta de conformidad –aunque aún no se haya manifestado– y que el empresario no la subsanará. Sin perjuicio que, en estos supuestos, el consumidor pueda ejercer la facultad de suspensión con base en la excepción de incumplimiento contractual, siempre que se den los requisitos exigidos por la jurisprudencia[296]. En cambio, en el derecho civil catalán, el adquirente

---

294. Véase en este sentido, en relación con el derecho civil catalán, ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *op. cit.*, p. 88, quienes afirman que «el art. 621-39.2 CCCat aclara, en primer lugar, que siendo exigible la obligación de pago del precio, el comprador no puede suspenderla, sin más, durante todo el tiempo en el que subsiste la obligación de garantizar la conformidad; podrá hacerlo si, manifestada la falta de conformidad, ya ha reclamado la subsanación (art. 621-39.2 CCCat) (…)».

295. A favor de la compatibilidad de la suspensión del pago del precio y la exigencia de la puesta en conformidad, véanse ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit*., p. 152; y LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit*., p. 1713.

296. El artículo 1180.2 PMCC, 2023 propone incluir la suspensión en caso de incumplimiento previsible. En concreto prevé que: «Una parte también podrá suspender el cumplimiento de su obligación recíproca desde el momento en que resulte claro que la otra parte no cumplirá la suya, una vez llegado el momento de su vencimiento» (*cfr.* con el artículo 1191 Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Comisión General de Codificación, 2009, que no contemplaba

de contenidos o servicios digitales sí que puede suspender el pago del precio en caso de incumplimiento previsible, con base en el artículo 621-39.1.b) CCCat, que permite la suspensión del cumplimiento de la propia obligación cuando el adquirente tiene que cumplir su obligación primero y tiene motivos razonables para creer que el suministrador no cumplirá sus obligaciones[297].

En segundo lugar, en virtud del TRLGDCU, el consumidor está facultado para suspender el pago del precio mientras el empresario no cumpla su obligación de reembolso en caso de reducción de precio, prevista en el artículo 119 quater.1 TRLGDCU. En concreto, el consumidor puede, por un lado, exigir la reducción del precio, informando de su decisión al empresario y reclamando el reembolso de las cantidades pagadas de más. Por el otro lado, y de manera compatible con el remedio anterior, el consumidor está facultado para suspender el pago del precio hasta que el empresario le restituya los importes[298]. En consecuencia, el consumidor puede acumular la suspensión del cumplimiento de la propia obligación y la reducción del precio, siendo ambos remedios compatibles.

En caso de que el consumidor resuelva el contrato por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, el ejercicio simultáneo de la facultad de suspensión del pago del precio no tiene lugar, puesto que la resolución pone fin al contrato y libera a ambas partes de las obligaciones

---

este supuesto). En la doctrina, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1157, señala que, en virtud de la excepción de incumplimiento contractual, «el deudor que debe cumplir el primero (…) puede oponer también una *excepción anticipatoria* cuando *resulta patente* que el deudor, cuyo cumplimiento vence posteriormente, no cumplirá»; y ARNAU RAVENTÓS, L., «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fasc. III, 2013, p. 1292, afirma, en relación con la facultad de suspender el propio cumplimiento frente al incumplimiento previsible en el derecho español que, «en la medida en que se admite la posibilidad de instar la resolución por causa de incumplimiento previsible, en esta misma medida, y quizás con mayor motivo, debería admitirse el recurso a un remedio menor, como la suspensión».

297. En este sentido, en relación con el derecho civil catalán, véase ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *op. cit.,* p. 88.

298. A favor de aplicar el derecho de suspender el pago del precio en relación con las obligaciones de reembolso véanse, sobre el artículo 13.6 DCV, GÓMEZ POMAR, F., «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», *op. cit.,* p. 522; y SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit*, p. 268.

contraídas en virtud del mismo[299]. Ahora bien, con anterioridad a la resolución del contrato y como paso previo a la misma, el consumidor puede ejercer la suspensión, en cuyo caso el carácter alternativo de ambos remedios se manifiesta de manera secuencial[300].

3.3. Alcance de la suspensión del pago del precio

A) Suspensión total o parcial del pago del precio

El artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU exige como requisito para que el consumidor pueda suspender el pago del precio que, en el momento del ejercicio del derecho, está pendiente el pago de «cualquier parte (…) del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido». El precepto, que sigue la redacción del artículo 13.6 DCV, no alude a la posibilidad que el consumidor suspenda el pago de la totalidad del precio, a diferencia del artículo 621-39.2 CCCat que hace referencia a «suspender el pago de todo o parte del precio». Ello plantea la cuestión relativa a si, en el ámbito del TRLGDCU, el consumidor tiene derecho a la suspensión de la totalidad del precio, en aquellos casos en los que la falta de conformidad se manifieste cuando aquel aún no ha pagado ninguna parte del mismo[301].

A favor de admitir la suspensión del pago de todo el precio, se ha argumentado que la referencia del artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU a «cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido», no tiene como objeto excluir la suspensión en estos casos, sino que podría explicarse porque, dada la práctica habitual del mercado de adquisición de bienes, contenidos o servicios digitales, lo habitual es que, en el momento de ejercicio de la facultad de suspender el pago del precio, el consumidor ya haya pagado una parte del mismo.

---

299. En este sentido, en general, en relación con la resolución y la excepción de incumplimiento, véase CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1156; y ARNAU RAVENTÓS, L., «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL», *op. cit.*, p. 1281. En relación con el TRLGDCU, LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1713, se refiere a la «difícil compatibilidad de ese nuevo derecho con los remedios consistentes en la reducción del precio y la resolución del contrato (…)».

300. Véase ANDERSON, M., «Comentari a l'article 621-37. Remeis», *op. cit.*, p. 381.

301. ARROYO I AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *op. cit.*, p. 39, afirma que el artículo 117, segundo párrafo, TRLGDCU, también debería haber previsto que el consumidor puede suspender el pago de la totalidad del precio.

Así, por un lado, en los contratos de contenidos o servicios digitales que se suministran durante un período de tiempo y a cambio del pago de un precio, habitualmente, el consumidor se obliga a pagar el precio de manera periódica –mensual, trimestral, semestral o anual–. Si la falta de conformidad afecta solo a un período de tiempo determinado, el consumidor, que habrá pagado las cuotas hasta el momento en que se manifiesta la falta de conformidad, podrá, a partir de aquel momento, suspender el pago de las cuotas posteriores hasta que el empresario cumpla con sus obligaciones derivadas del Título IV del Libro II del TRLGDCU[302].

Por otro lado, en los contratos de contenidos o servicios digitales en un único acto de suministro o en la compraventa de bienes de consumo, la práctica habitual es que el consumidor se obligue a pagar la totalidad del precio antes o en el momento de entrega o suministro, salvo que las partes hayan pactado el pago aplazado. En este último caso, si las partes han pactado el pago aplazado y el primer pago debe realizarse antes de la entrega del bien o del suministro de los contenidos o servicios digitales, una vez manifestada la falta de conformidad, la facultad del consumidor de suspender el pago del precio abarcará la parte pendiente del precio[303].

Sin embargo, no puede desconocerse que, en ocasiones, las partes pueden haber acordado que el pago del precio debe realizarse después de la entrega de los bienes o el suministro de los contenidos o servicios digitales –por ejemplo, en el contrato de suministro de un *software* personalizado, las partes pueden haber acordado que el consumidor pagará el precio unos días después que el empresario se lo haya suministrado–. En consecuencia, es

302. ARROYO I AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *op. cit.,* p. 39; ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 152. En relación con la PDC-COM, EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers* (…), *op. cit.,* p. 28. En relación con la excepción de incumplimiento, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1157: considera que: «Cuando se trata de prestaciones periódicas, el deudor que debe cumplir el primero puede excusar su siguiente cumplimiento con los incumplimientos anteriores de la contraparte».

303. Sobre la compraventa de bienes, véanse CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, pp. 246-247; IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», *op. cit.*, p. 1617. Sobre el contrato de contenidos digitales, véase EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers* (…), *op. cit.,* p. 28.

posible que, cuando se manifieste la falta de conformidad, el consumidor aún no haya pagado ninguna parte del precio[304]. En estos supuestos, debería adoptarse una interpretación amplia del artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU, en el sentido de permitir al consumidor suspender la totalidad del precio. Carece de justificación reconocer el derecho del consumidor a suspender el pago de una parte del precio –que puede ser muy relevante–, pero no su totalidad[305]. Otra cuestión es, tal y como se analiza a continuación, que la suspensión pueda ser total o parcial, en la medida justificada por el incumplimiento de la otra parte.

Esta interpretación amplia del artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU es compatible con las DCD y DCV. En relación con la DCD, ya se ha mencionado que esta no armoniza la suspensión del pago del precio y, además, su considerando 15 DCD hace referencia a la libertad de los Estados miembros para «regular si un consumidor, en los casos de falta de conformidad, ha de tener derecho a suspender el pago del precio o parte de este»[306]. En relación con la DCV, a pesar de que la primera parte del artículo 13.6 DCV únicamente se refiere a «cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe», el mismo precepto, *in fine*, precisa el ámbito de armonización plena de la DCV y reconoce que los Estados miembros tienen libertad para regular las condiciones y modalidades de la suspensión del pago del precio[307]. Dentro

304. En este sentido, véase CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, pp. 247-248; y ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 25.

305. A favor de una interpretación amplia del precepto, véanse CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, pp. 246-247, de acuerdo con la cual «debe evitarse una interpretación literalista de la letra de la norma en este punto, pues carecería de toda lógica entender que se puede retener el 99% del precio (…) y no su totalidad (…)»; LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1700, quien defiende que dado que el artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU se refiere a «cualquier parte pendiente del precio», «parece posible imaginar que el consumidor que aún no hubiera pagado ninguna parte del precio pactado podría también hacer uso de este derecho»; y ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 25. En contra, IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», *op. cit.*, p. 1617.

306. ARNAU RAVENTOS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias presentaciones», *op. cit.*, p. 96, defiende que la DCD, sin duda, permite la posibilidad de regular la suspensión total o parcial.

307. De acuerdo con STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *op. cit.*, p. 245, la aclaración

del margen de regulación concedido a los Estados miembros se encuentra, tal y como precisa el considerando 18 DCV, el de reconocer al consumidor el derecho «a suspender el cumplimento de sus obligaciones o parte de ellas»[308]. Además, en otros ordenamientos, como el catalán o el francés[309], el derecho a suspender el pago del precio, en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, incluye tanto la suspensión total como parcial.

B) Suspensión total o parcial, en la medida justificada por el incumplimiento del empresario

El artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU no ofrece una norma sobre cómo determinar el alcance de suspensión del pago del precio, esto es, en relación a cómo determinar si el consumidor está facultado para suspender el pago de todo el precio o parte del mismo y, en este último caso, en qué parte. El artículo 13.6 DCV, cuya redacción sigue el precepto español, tampoco hace mención a esta cuestión.

En ausencia de una regla expresa, cabe defender que, en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, el consumidor puede suspender el pago del precio en la medida en que esté justificado dada la naturaleza o relevancia de la falta de conformidad. En otras palabras, el alcance de la suspensión del cumplimiento de la propia obligación debe ser proporcional al grado de incumplimiento del contrato por falta de conformidad[310]. Por ello,

---

del artículo 3.7, *in fine*, DCV y el considerando 18 DCV, tienen como finalidad precisar el ámbito de armonización de la directiva y evitar el efecto de bloqueo que genera la armonización plena.

308. En este sentido, véase CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores:* (…), *op. cit.*, p. 248. En contra, IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», *op. cit.*, p. 1617, quien, en relación con la DCV, defiende que «teniendo en cuenta el carácter de armonización máxima de la DCCB, no parece posible que los Estados miembros extiendan el alcance de la suspensión de la obligación a la totalidad del precio».

309. En el derecho francés, véase el artículo L224-25-1, segundo párrafo, *Code de la consommation*.

310. A favor de esta tesis véanse, en relación con el artículo 117 TRLGDCU, SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 66, quien afirma que: «la suspensión ha de ser proporcional al defecto que tuviera la prestación». En el mismo sentido, en relación con el artículo 1191 PMCC, 2009, FENOY PICÓN, N., «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento»,

es esencial evaluar la relevancia de la falta de conformidad[311]. Esta es la regla que proponía el artículo 113.3 CESL y que ha incorporado el artículo 1180 PMCC, 2023[312]. Por su parte, el artículo III.–3:401.4 DCFR[313] propone una regla similar, al exigir que la suspensión del cumplimiento de la propia obligación en todo o en parte, se ejerza en la medida que sea razonable atendiendo las circunstancias.

En el TRLGDCU tampoco hay ninguna previsión relativa al alcance de la facultad de suspensión en caso que las obligaciones del empresario deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo y la falta de conformidad solo afecte a una de estas partes. En defecto de una norma que se ocupe sobre la cuestión, cabría plantearse la aplicación de la solución que proponía el artículo 113.3, *in fine*, CESL, de acuerdo con el cual «el comprador solo podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento del vendedor sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento del comprador»[314].

En el ámbito del suministro de contenidos o servicios digitales cabe distinguir dos situaciones en el suministro de los contenidos o servicios

---

Anuario de Derecho Civil, Tomo LXIV, Fasc. IV, 2011, p. 1571; y en relación con la excepción de incumplimiento, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1159.

311. En este sentido, respecto del artículo 113 CESL, véase ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.*, p. 516, quien añade que también debe tenerse en consideración el resto de remedios ejercitados por el consumidor.

312. El artículo 1180 PMCC, 2023, relativo al derecho a suspender el cumplimiento del contrato, establece que «la suspensión del cumplimiento de la obligación recíproca puede ser total o parcial, en la medida justificada por el incumplimiento de la otra parte». En cambio, el artículo 1191 PMCC, 2009, no incorporaba expresamente esta regla. En concreto, preveía que: «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento».

313. De acuerdo con el artículo III.–3:401.4 DCFR, «The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances». De acuerdo con VON BAR, CH., CLIVE, E. (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), op. cit.*, p. 844, «*the creditor may only withhold performance in full if in the circumstances that is not unreasonable (…). The restriction in this paragraph (…) seems consistent with the general duty of good faith and fair dealing*».

314. Sobre la suspensión en estos casos, véase, ARNAU RAVENTOS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias presentaciones», *op. cit.*, pp. 96-97.

digitales es divisible o debe cumplirse por partes y la falta de conformidad puede afectar a una de estas partes. En primer lugar, el caso en el que el consumidor adquiere múltiples contenidos o servicios digitales en virtud de un único contrato y la falta de conformidad afecta únicamente a uno de ellos. En este caso, el consumidor solo estaría facultado para suspender el pago de la parte proporcional del precio que se corresponde con los contenidos o servicios digitales no conformes, a no ser que la falta de conformidad sea tal que justifique la suspensión total del precio.

En segundo lugar, el supuesto en el que el suministro de contenidos o servicios digitales se realiza a cambio del pago de un precio y durante un período y la falta de conformidad afecta a un período de tiempo determinado. En este caso también debe aplicarse la regla conforme a la cual el consumidor puede suspender la parte proporcional del precio correspondiente al período durante el cual los contenidos o servicios digitales no fueron conformes[315].

C) La suspensión procede incluso si la falta de conformidad es leve o de escasa importancia

El artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU no excluye la suspensión en caso de que la falta de conformidad sea leve o de escasa importancia, a diferencia de lo previsto en sede de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio (artículos 14.6 DCD y 119 ter.2 TRLGDCU). En consecuencia, cualquier tipo de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, incluso si no es grave o esencial, faculta al consumidor a suspender el pago del precio[316].

En relación con el antiguo artículo 119 TRLGDCU esta cuestión había suscitado cierto debate en la doctrina[317], puesto que el Tribunal Supremo

315. Sobre el alcance del derecho de resolución en estos dos supuestos, véase, en este trabajo, el apartado 4.3. Alcance del derecho de resolución del epígrafe IV. Reducción del precio y resolución del contrato.

316. En este sentido, véase en relación con el artículo 13.6 DCV, IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», *op. cit.*, p. 1618, si bien el autor pone de manifiesto que «los Estados miembros podrían condicionar la suspensión de pago de parte del precio a que la falta de conformidad sea de cierta entidad y, de esta forma, evitar que el ejercicio de esta facultad se realice en contra de las exigencias de la buena fe».

317. En relación con el antiguo artículo 119 TRLGDCU, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1730, quien afirmaba que:

ha negado, en su jurisprudencia relativa a la excepción de incumplimiento, la validez de la suspensión del pago del precio si los defectos en la prestación de la otra parte no presentan cierta entidad, por ser contraria a las exigencias de la buena fe (artículo 7.1 CC)[318]. Con todo, se ha sostenido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada solo cabe aplicarla cuando el deudor suspende el cumplimiento de toda su prestación y el incumplimiento de la otra parte no tiene una importancia equivalente[319]. Por ello, si la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales es leve o de escasa importancia, el consumidor sí que tiene derecho a suspender el pago del precio, pero únicamente de manera parcial y en una medida proporcionada a la importancia del incumplimiento[320]. La regla que atiende al alcance del incumplimiento permite evitar comportamientos oportunistas y mantener el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. Sin perjuicio que, en determinados casos y dadas las circunstancias, pueda concluirse que el ejercicio del derecho de suspensión es contrario a la buena fe[321].

«no todo supuesto de incumplimiento defectuoso (entrega de un bien con defectos) faculta al comprador a oponer con éxito esta excepción. En realidad, sólo cabe cuando su alegación no es contraria a la buena fe. El rechazo del pago es conforme a la buena fe cuando esta medida aparece justificada por la importancia del incumplimiento defectuoso. Por eso el derecho a suspender el pago sólo es aceptable en el caso de faltas de conformidad graves o importantes (que no sean de "escasa importancia", en la terminología del artículo 121 LGDCU), que autorizarían asimismo al comprador a resolver el contrato. En consecuencia, si la falta de conformidad es leve o menor, el consumidor no podrá suspender el pago». En el mismo sentido, respecto del actual artículo 117.1 TRLGDCU véase LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 quater TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1712.

318. Sobre ello, en la doctrina, véanse CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1158; y GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, núm. 3, 2007, p. 31. Entre las sentencias más recientes, véase la STS, 1.ª, núm. 317/2017, 19.5.2017 (RJ 2017, 2228), de acuerdo con la cual: «la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica del contrato, no bastando cualquier incumplimiento de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias» (FD 2º).
319. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1159.
320. A favor de esta tesis, véanse SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 66; CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…)*, *op. cit.*, p. 248; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1159.
321. En esta línea, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «La suspensión del cumplimiento», en MORALES MORENO, A. M. (Dir.), BLANCO MARTÍNEZ, E. (coord.), *Estudios de derecho de contratos*, BOE, Madrid, 2022, p. 1224.

3.4. Ejercicio y efectos

A) Ejercicio

La suspensión del cumplimiento de la propia obligación del artículo 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU, a diferencia de la excepción de incumplimiento, no solo puede ejercitarse por el consumidor como excepción, esto es, como mecanismo de defensa frente a la reclamación judicial o extrajudicial de cumplimiento o de resolución instada por el empresario. El consumidor también puede ejercer activamente la suspensión del pago del precio, una vez manifestada la falta de conformidad en los contenidos o servicios digitales y hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el Título IV del Libro II del TRLGDCU[322].

En caso de que el consumidor ejercite la suspensión extrajudicialmente, se plantea la cuestión relativa a si el ejercicio de la facultad está sujeta a formalidad alguna. Esto es, si es necesario que el consumidor notifique al empresario la suspensión del pago del precio como requisito indispensable para que esta se considere válidamente ejercitada. El artículo 117.1 TRLGDCU únicamente hace referencia a que el consumidor puede exigir al empresario «mediante una simple declaración (…) la subsanación de [la] falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato», pero no incluye en su párrafo segundo, relativo a la suspensión del pago del precio, ninguna mención a la notificación de la suspensión[323].

En el CESL, el artículo 113.1, relativo al derecho del comprador a suspender el cumplimiento si debe cumplir «al mismo tiempo que el vendedor, o después de este (…) hasta que el vendedor haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente», no sujeta el ejercicio de esta facultad a ninguna formalidad. El comprador no necesita notificar al vendedor la suspensión del pago del precio para que aquella se considere

322. En este sentido, véanse CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), op. cit.*, p. 248; ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 152; y SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 66.

323. En relación con esta cuestión, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 16, se cuestiona sobre la forma de poner en práctica la facultad y, en concreto se pregunta si «¿basta con su declaración o notificación al efecto?».

válidamente ejercitada. Si se dan las condiciones legales, la falta de pago de todo o parte el precio equivale al ejercicio del derecho[324].

En el DCFR, el artículo III.–3:401, apartado 1, relativo al derecho a suspender el cumplimento de la propia prestación por parte del acreedor que tiene que cumplir una obligación recíproca al mismo tiempo, o después, que el deudor tenga que cumplir la suya, tampoco sujeta la suspensión a la previa notificación. En cambio, el apartado 3 del precepto citado, sí que impone al acreedor la obligación de notificar a la otra parte la suspensión si aquella se produce en caso de incumplimiento previsible. En este supuesto, la notificación tiene como finalidad que la contraparte pueda clarificar la situación. Con todo, en el DCFR, la notificación de la suspensión no es un requisito para suspender el cumplimiento. La consecuencia de la falta de notificación es que el acreedor será responsable por los daños que el incumplimiento de aquel deber haya causado a la otra parte[325].

En el derecho catalán, el artículo 621-39.1.a) CCCat, relativo a la suspensión cuando el comprador tiene que cumplir su obligación al mismo tiempo o después de la otra parte haya cumplido las suyas y esta no las cumple, tampoco impone al comprador la obligación de notificar la suspensión. En cambio, la letra b) del mencionado precepto, que regula la suspensión en caso de que el comprador tenga que cumplir su obligación antes que la otra parte, en caso de incumplimiento previsible de aquella, exige expresamente la notificación. Con todo, el artículo 621-39.1.b) CCCat no detalla cuáles son las consecuencias de la falta de notificación.

En el derecho español, cabe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al artículo 1502 CC, que reconoce al comprador la facultad de suspender el pago del precio «si fuere perturbado en la posesión del dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria (…) hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso». De acuerdo con el Tribunal Supremo, para que el comprador pueda suspender legítimamente el pago del precio con base en el artículo 1502 CC, aquel debe notificar previamente al vendedor su decisión de suspender el pago del precio. En este contexto, la notificación cumple la

---

324. En este sentido, en relación con el artículo 113 CESL, véase ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.*, p. 515.

325. VON BAR, CH., CLIVE, E. (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), op. cit.*, p. 845.

función de compeler al vendedor al exacto cumplimiento y que aquel tenga conocimiento de la perturbación para poderla hacer cesar o para que afiance la devolución del precio[326].

Teniendo en cuenta lo anterior, parece razonable defender que en el ámbito del artículo 117.1 TRLGDCU no cabe condicionar la efectividad de la suspensión del pago del precio a la notificación del ejercicio de esta facultad al empresario. Es suficiente la falta de pago de todo o parte del precio para que la suspensión se considere válidamente ejercitada, siempre que se den los requisitos exigidos en el precepto. El motivo es que el TRLGDCU se ocupa de la suspensión del pago del precio en caso de un incumplimiento actual del empresario. Si el consumidor tiene que cumplir al mismo tiempo o después que el empresario y este no cumple, porque los contenidos o servicios digitales suministrados no son conformes, la obligación de pago del consumidor deviene inexigible en virtud del sinalagma funcional. Por ello, si el consumidor deja de pagar todo o parte del precio, cuando el empresario le reclame el pago, el consumidor puede oponer como defensa la excepción de incumplimiento, con independencia que haya o no notificado con anterioridad la suspensión[327].

Con todo, en el ámbito del artículo 117.1 TRLGDCU, tal como se ha defendido más arriba, para que el consumidor pueda ejercer la facultad de suspender el pago del precio, junto con el derecho a solicitar la subsanación de la falta de conformidad o la reducción del precio, sí que es exigible que, con anterioridad, aquel haya informado al empresario sobre la falta de conformidad, así como reclamado, mediante una simple declaración dirigida al empresario, la subsanación de la falta de conformidad o la reducción del precio, con la finalidad de dar al empresario la oportunidad de cumplir sus obligaciones[328].

---

326. Entre las más recientes véanse las SSTS, 1.ª, núm. 945/2005, 1.12.2005 (RJ 2005, 7744; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); núm. 901/2004, 29.9.2004 (RJ 2004, 5689; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); y núm. 1152/2000, 14.12.2000 (RJ 2000, 9334; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta). Sobre esta jurisprudencia, véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «La suspensión del cumplimiento», *op. cit.*, p. 1220.

327. De acuerdo con ARNAU RAVENTÓS, L., «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL», *op. cit.*, p. 1283, «en este contexto, el ejercicio por cualquiera de los obligados de un supuesto derecho a suspender su obligación llevado a cabo al margen de toda reclamación sólo tendrá el valor de una declaración de voluntad con alcance meramente declarativo».

328. Véase en este sentido, en relación con el derecho civil catalán, ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los

B) Efectos

El efecto de la suspensión es la inexigibilidad de la obligación de pago del consumidor, en la medida justificada por el incumplimiento del empresario, hasta que este no cumpla las obligaciones establecidas en el Título IV, sobre las garantías y servicios posventa, del Libro II del TRLGDCU. Por ello, el consumidor que suspende el pago del precio no se encuentra en mora;[329] y, mientras dura la suspensión, el empresario no puede ejercer frente al consumidor los remedios frente al incumplimiento y, en especial, resolver el contrato o suspender su obligación de subsanar los contenidos o servicios digitales con el argumento que el consumidor no ha cumplido la obligación de pago[330].

La suspensión del pago del precio es un remedio transitorio, que únicamente ofrece protección temporal al consumidor hasta que el empresario cumpla con sus obligaciones. En consecuencia, la facultad de suspensión del consumidor puede ejercerse hasta el momento en que el empresario subsane la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, por ejemplo, facilitando actualizaciones o poniendo a su disposición una nueva copia; o hasta el momento en que el empresario reembolse al consumidor las cantidades pagadas de más como consecuencia de la reducción del precio. Cuando el empresario cumpla sus obligaciones, el consumidor pierde el derecho a suspender el pago de todo o parte del precio. Por consiguiente, el empresario podrá exigir al consumidor el pago de los plazos vencidos y no pagados, pero sin intereses de demora. En relación con los plazos que venzan en el futuro, el consumidor deberá abonarlos según lo acordado en el contrato[331].

---

contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *op. cit.*, p. 88. En relación con el antiguo artículo 118 TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1729, afirma que: «es contrario a la buena fe el ejercicio sorpresivo de la excepción de incumplimiento. El consumidor no podrá oponer la excepción de incumplimiento si previamente, y fuera del proceso, no informa al vendedor de la falta de conformidad (en los términos del artículo 123.4 LGDCU)».

329. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1155; y ARNAU RAVENTÓS, L., «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL», *op. cit.*, p. 1282.

330. En este sentido, véanse en relación con el CESL, SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, *op. cit.*, 2021; y, en relación con el artículo 621-39.2 CCCat, ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *op. cit.*, p. 88.

331. En este sentido, en relación con el antiguo artículo 118 TRLGDCU, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», *op. cit.*, p. 1731.

VI. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

1. AUSENCIA DE ARMONIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DCD

La DCD no armoniza el remedio consistente en la indemnización por daños y perjuicios derivados de una falta de conformidad o a del incumplimiento en el suministro de los contenidos o servicios digitales (artículo 3.10 y considerando 73 DCD). De forma paralela, la DCV tampoco regula el resarcimiento de los daños derivados de la falta de conformidad en los bienes[332], siguiendo en este punto a la Directiva 1999/44[333]. Ambas Directivas se apartan del modelo del CESL que reconocía dentro de los remedios del comprador en caso de incumplimiento de las obligaciones del vendedor, la indemnización de los daños y perjuicios conforme el capítulo 16 [artículo 106.1.e) CESL]. El mencionado capítulo proponía una regulación completa de la indemnización por daños y perjuicios, aplicable a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales.

En concreto, el artículo 3.10 DCD establece que la Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de regular el derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Según el considerando 73, *in fine*, DCD, «[d]ado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presenta directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores (…)». Sin embargo, el considerando 73 DCD parece dar a entender que la Directiva impone a los legisladores nacionales determinadas reglas sobre la indemnización por daños y perjuicios en el ámbito del suministro de contenidos o servicios digitales[334].

En concreto, el considerando 73 DCD, reconoce expresamente que en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales debe regir: «el principio de la responsabilidad del empresario por daños y perjuicios (…).

---

332. Considerandos 18 y 61 DCV.

333. El artículo 8.1 Directiva 1999/44 dejaba a salvo la indemnización por daños y perjuicios cuando afirmaba que la Directiva no afectaba otros derechos que el consumidor pudiera invocar frente al empresario en virtud de las normas nacionales sobre responsabilidad contractual o extracontractual. En consecuencia, tal y como señala BIANCA, M. C., «Article 3. Rights of the consumer», *op. cit.*, p. 175, no había duda que el comprador podía ejercer el remedio indemnizatorio regulado en el derecho nacional.

334. En este sentido, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 270.

Por tanto, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales». Además, el citado considerando añade que el criterio para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios es el interés contractual positivo, puesto que: «(…) debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad». Esta regla coincide con la que se contenía en el artículo 160 CESL[335] y en el artículo 14.1, *in fine*, PDCD-COM (que no se incorporó en el texto final de la DCD).

La ausencia de armonización de la indemnización por daños y perjuicios no es extraña en el ámbito de las Directivas sobre derecho contractual de consumo[336]. Sin embargo, la justificación que el legislador europeo da para excluir la indemnización por daños y perjuicios de la armonización plena de la DCD, esto es, que este derecho ya está regulado en todos los Estados miembros, no es del todo convincente por diversos motivos. En primer lugar, porque lo mismo podría afirmarse en relación con el resto de remedios del consumidor frente a la falta de conformidad, que ya se encontraban regulados en los Estados miembros como consecuencia de la transposición de la Directiva 1999/44[337]. Y, en segundo lugar, y de manera más relevante, porque las importantes divergencias existentes entre los derechos nacionales, en relación con las condiciones y el alcance de la indemnización por daños y perjuicios, aconsejarían una armonización plena de este remedio.

Por un lado, las divergencias regulatorias pueden comportar que el nivel de protección del consumidor varíe en los distintos Estados miembros afectando su confianza[338]. Por ejemplo, en función de si en el derecho nacional la

---

335. Por su parte, el artículo 160 CESL adoptó la regla de los artículos 9:502 PECL y III.–3:702 DCFR.

336. En concreto, además de la ya citada Directiva 1999/44, la Directiva 2011/83 tampoco incorpora una regulación de la indemnización por daños y perjuicios en caso que el comerciante incumpla su obligación de realizar la entrega conforme a lo dispuesto en la Directiva. De acuerdo con el considerando 53 Directiva 2011/83, el consumidor podrá pedir, de conformidad con la legislación nacional, daños y perjuicios. En cambio, el artículo 14 de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (DOUE L 326/1, de 11.12.2015) sí que contiene una regulación de la indemnización por daños y perjuicios en este contrato.

337. En este sentido, en relación con la DCV, véase CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), op. cit.*, p. 352-253.

338. *Cfr.* con la PDCD-COM, que incluía en su artículo 14 una regulación de la indemnización por daños y perjuicios. De acuerdo con el considerando 44 PDCD-COM: «El principio

indemnización por falta de conformidad exige culpa o dolo del empresario o, si, por el contrario, se trata de una responsabilidad objetiva. Por otro lado, las diferencias normativas entre los derechos nacionales en materia de compensación de daños alejan la DCD de su objetivo de fomentar las transacciones transfronterizas, por medio de la eliminación de las diferencias entre las normas nacionales imperativas de Derecho de contratos con los consumidores[339]. Dada la falta de armonización de la compensación por daños y perjuicios, los empresarios seguirán teniendo dificultades para determinar el alcance de la indemnización en cada sistema jurídico.

En consecuencia, la falta de armonización de la indemnización por daños y perjuicios debe valorarse negativamente, tanto por lo que hace a la protección del consumidor, como para lograr un auténtico mercado único digital[340]. Tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, el motivo real por el que el legislador europeo no ha armonizado este remedio, no es que ya esté regulado en todos los Estados miembros, sino la gran dificultad de armonizar los derechos nacionales en esta materia dadas las divergencias entre los distintos modelos de regulación de la responsabilidad[341].

Además, la falta de armonización de la indemnización por daños y perjuicios en la DCD afecta especialmente a los consumidores en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, que no pagan un precio a cambio, sino que facilitan sus datos personales. El motivo es que el remedio más importante del que disponen dichos consumidores es la indemnización por daños y perjuicios, y su regulación depende del derecho nacional de los

---

de la responsabilidad por daños y perjuicios del proveedor es un elemento esencial de los contratos de suministro de contenidos digitales. Para aumentar la confianza de los consumidores en los contenidos digitales, este principio debe regularse a nivel comunitario con el fin de garantizar que los consumidores no se vean perjudicados si su hardware o software sufre daños por contenidos digitales no conformes con el contrato».

339. Véanse los considerandos 3 y 4 DCD.

340. En este sentido, véanse SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit.,* p. 278; GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 270. En relación con la DCV, GÓMEZ POMAR, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *op. cit.,* p. 6; y CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), op. cit.,* p. 252-254.

341. En relación con la DCV, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), op. cit.,* p. 253. En la misma línea, en relación con la Directiva 1999/44, MARÍN LÓPEZ, M. P, «Comentario al artículo 117 LGDCU», *op. cit.*, p. 1716.

Estados miembros. En relación con la puesta en conformidad, con frecuencia, este remedio puede verse limitado por comportar costes desproporcionados para el empresario (artículos 14.2 DCD y 118.3 TRLGDCU; en derecho catalán, *vid.* el artículo 621-38.7 CCCat). En estos casos, el único remedio de la DCD disponible es la resolución, que puede tener poco interés para un consumidor que no estaba obligado a pagar un precio a cambio y que, además, con frecuencia, puede desistir del contrato en cualquier momento –por ejemplo, dándose de baja de una red social o de una suscripción a un servicio de música en *streaming*–. En consecuencia, a pesar de que el reconocimiento de los datos personales como contraprestación es uno de los logros más importantes de la DCD en materia de protección de los consumidores, el impacto real de tal reconocimiento depende, en relación con el derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios, del derecho de contratos de los Estados miembros[342].

Cabe destacar que la PDCD-COM sí que incluía un precepto, el artículo 14, que reconocía al consumidor el derecho a exigir una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad o la falta de suministro de los contenidos digitales. Este artículo limitaba la indemnización a «cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor» (artículo 14.1 PDCD-COM). El precepto se remitía al derecho nacional para el establecimiento de las condiciones detalladas del ejercicio del derecho a reclamar daños y perjuicios (artículo 14.2 PDCD-COM)[343]. Este precepto recibió importantes críticas por parte de la doctrina, entre otros motivos, porque limitaba los daños indemnizables a los daños económicos causados al entorno digital del consumidor, definido como el «hardware, contenidos digitales y cualquier conexión a la red en la medida en que se encuentren bajo el control del usuario» (artículo 2.2 PDCD-COM).

---

342. En este sentido, véase SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», *op. cit.*, p. 265, quienes señalan que probablemente, los legisladores nacionales tratarán estos contratos como contratos onerosos y reconocerán a los consumidores que facilitan datos personales a cambio de contenidos y servicios digitales el derecho a una indemnización por daños y perjuicios. En la misma línea, GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.*, p. 262.

343. En relación con el artículo 14 PDCD-COM, véanse MAK, C., «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis», *op. cit*, pp. 26-27; y CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, pp. 76-79.

Ello planteaba importantes problemas de interrelación entre la Directiva y el derecho nacional de los Estados miembros[344]. En concreto, teniendo en cuenta que la Directiva es de armonización plena, resultaba problemático determinar si el precepto establecía los únicos daños resarcibles, esto es, si excluía el derecho del consumidor a exigir una indemnización por el resto de daños no mencionados con base en el derecho nacional (por ejemplo, otros daños materiales, daños personales o daños morales, o el sobreprecio pagado por el consumidor a otro empresario para obtener contenidos o servicios digitales que sean conformes al contrato)[345]. Por otro lado, no estaba claro por qué era necesario armonizar parcialmente la compensación respecto de este tipo de daños, pero no respecto de otros posibles daños derivados de la falta de conformidad o de la falta de suministro[346]. Algunos autores han afirmado que debe valorarse positivamente que finalmente el artículo 14 PDCD-COM no se aprobara y que se adoptara la solución de dejar la regulación de la indemnización por daños y perjuicios al derecho nacional. Dejar esta cuestión a manos de los Estados miembros se considera la solución menos mala, dado que la adopción del artículo 14 PDCD-COM hubiera comportado importantes problemas de interpretación y la limitación de los derechos del consumidor[347].

---

344. En relación con esta cuestión, veánse MAK, C., «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis», *op. cit*, p. 26; BEALE, H., «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2016, p. 24; CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit*., p. 75; y SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit*, p. 384.

345. A pesar de que esta no era la intención de la Comisión, tal como explica EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers (…), op. cit.,* p. 32. El EUROPEAN LAW INSTITUTE, recomendó la modificación del artículo 14 PDCD-COM en el siguiente sentido: «*It must be clarified that the Directive's provision for damages for harm to the consumer's digital environment is without prejudice to the consumer's right to damages under national law for any other loss*».

346. GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.,* p. 243.

347. En este sentido, SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *op. cit.*, p. 384; GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», *op. cit.,* p. 243.

2. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL TRLGDCU Y EL CCCAT

2.1. Reconocimiento del derecho a una indemnización por daños y perjuicios en caso de falta de conformidad

El artículo 117.1 TRLGDCU incluye la indemnización por daños y perjuicios entre los remedios que el consumidor puede exigir al empresario en caso de falta de conformidad del bien, contenido o servicio digital. Por otro lado, el artículo 116, segundo párrafo, TRLGDCU también reconoce que «el consumidor o usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad». En consecuencia, el consumidor tiene derecho a exigir al empresario el resarcimiento de todos los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales.

En cambio, resulta sorprendente que el legislador español no haya reconocido de forma expresa, en el artículo 66 bis TRLGDCU, el derecho del consumidor a exigir una indemnización por daños y perjuicios en caso de falta de suministro de los contenidos o servicios digitales. Téngase en cuenta que el considerando 73 DCD afirma que, en el derecho nacional, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales.[348] Con todo, la ausencia de una mención a este remedio en el artículo 66 bis TRLGDCU no afecta el derecho del consumidor a exigir una indemnización con base en las reglas generales del CC.

En el derecho catalán, de conformidad con el artículo 621-37.1.e) CCCat[349], el adquirente de contenidos o servicios digitales puede exigir al suministrador una indemnización por daños y perjuicios en ambos casos. Esto es, tanto si el suministrador incumple sus obligaciones contractuales como consecuencia de la falta de conformidad en los contenidos o servicios digitales, como si lo incumple por falta de suministro.

---

348. CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 27.

349. El artículo 621-37.1.e) CCCat, que regula los remedios en el contrato de compraventa, es aplicable al contrato por el que se suministran contenidos o servicios digitales en aplicación del artículo 621-67.2 CCCat.

2.2. Compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con el resto de remedios

En caso de falta de conformidad, el consumidor puede acumular la indemnización por daños y perjuicios al resto de remedios: la subsanación de la falta de conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. La compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con el resto de remedios se deriva del artículo 117.1 TRLGDCU, que se refiere a que «en cualquiera de los supuestos el consumidor podrá exigir, además, la indemnización por daños y perjuicios»; y del artículo 116, 2.º párrafo, TRLGDCU, de acuerdo con el cual la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad procede «[e]n todo caso»[350]. En el derecho catalán, el artículo 621-37.2 CCCat reconoce expresamente la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con el resto de remedios, puesto que prevé que el comprador y el vendedor pueden en todo caso acumular todos los remedios con la indemnización por daños y perjuicios.

Por lo que hace a la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con la reducción proporcional del precio, cabe señalar que a pesar de que el consumidor puede acumular ambos remedios, no puede obtener una doble compensación por el mismo daño. Por ello, el consumidor que exige la reducción del precio no puede reclamar daños por la disminución de valor de los contenidos o servicios digitales. Con todo, conserva su derecho a ser indemnizado por cualquier otro daño que hubiera podido sufrir como consecuencia de la falta de conformidad como, por ejemplo, los daños a bienes materiales distintos a los contenidos digitales no conformes (artículos 120.3 CESL[351] y 1179 PMCC, 2023)[352].

---

350. En relación con el antiguo artículo 117 TRLGCU (actual artículo 116 TRLGDCU), véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario al artículo 117 LGDCU», *op. cit.*, p. 1724, quien señala que: «La norma se limita a declarar la compatibilidad con los remedios regulados en el artículo 118 LGDCU, y a hacer una genérica remisión a la normativa reguladora aplicable. No es, por tanto, que el consumidor tenga "en todo caso" que ser indemnizado, sino que habrá que aplicar el régimen de daños vigente en nuestro derecho y resolver, caso por caso, si procede la indemnización».

351. Sobre el artículo 120.3 CESL, véase ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», *op. cit.*, p. 527; y SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law, op. cit.*, p. 276.

352. En este sentido, en la doctrina, véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario al artículo 117 LGDCU», *op. cit.*, p. 1724.

2.3. Régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios

El TRLGCU no regula en el artículo 117 y siguientes las condiciones y el alcance de la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. En efecto, el legislador español ha optado por mantener, en el artículo 116, segundo párrafo, TRLGDCU, la regla de acuerdo con la cual el derecho del consumidor a exigir una indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad se rige por aquello previsto en la legislación civil y mercantil.

La referencia del artículo 116, segundo párrafo, TRLGDCU a la legislación mercantil, que ya se encontraba en la versión anterior del artículo, resulta llamativa porque los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales de consumo son contratos civiles, por lo que se rigen por la legislación civil.[353] Por otro lado, parte de la doctrina ha criticado la remisión que el artículo 116, segundo párrafo, TRLGDCU hace a la legislación civil, puesto que la DCD permitía al legislador español desarrollar las condiciones y el alcance del derecho del consumidor a una indemnización por daños y perjuicios por falta de conformidad en el TRLGDCU[354], y la ausencia de esta regulación puede generar incertidumbre en relación con el régimen jurídico de este derecho[355].

---

353. En este sentido, en relación con el antiguo artículo 117 TRLGCU (actual artículo 116 TRLGDCU), véase MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario al artículo 117 LGDCU», *op. cit.*, p. 1721.

354. En concreto, el legislador español podría haber concretado en el TRLGDCU si el resarcimiento de daños y perjuicios exige la culpa del empresario o si la responsabilidad es objetiva; si se puede tener en cuenta la contribución del consumidor en la falta de conformidad para exonerar al empresario de responsabilidad; cómo se calcula la indemnización por daños y perjuicios; si solo se indemniza el daño previsible, o si se aplica y en qué casos el deber del consumidor de mitigar el daño, tal como destaca ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», *op. cit.*, p. 38.

355. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 27, se muestra crítico con la falta de una regulación específica, que considera que «reduciría la incertidumbre jurídica que ocasiona relegar a los tribunales la consolidación de ese régimen de los daños y perjuicios sobre la pura base del Derecho civil común». En la misma línea, CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…), op. cit.*, p. 254, que critica la «desmembración de la respuesta legal ante el descubrimiento de faltas de conformidad, cuyos efectos generarán acciones distintas, reguladas en cuerpos legales diferentes (…)».

La única regla específica del TRLGDCU, aplicable a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la falta de conformidad, se encuentra en el artículo 124 TRLGDCU, de acuerdo con el cual: «La acción para reclamar el cumplimiento de lo previsto en el capítulo II de este título prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad». Dentro del capítulo II del Título IV, relativo a la responsabilidad del empresario y derechos del consumidor, se encuentra el artículo 117 TRLGDCU que reconoce al consumidor el derecho a exigir una indemnización por daños y perjuicios en caso de falta de conformidad. En consecuencia, cabe concluir que la pretensión para reclamar la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad prevista en el artículo 117 TRLGDCU está sujeta el plazo de prescripción de cinco años del artículo 124 TRLGDCU (y no al de cinco años del artículo 1964.2 CC), cuyo *dies a quo* es la fecha de la manifestación de la falta de conformidad (que podría no coincidir con el «momento en que pudieron ejercitarse» del artículo 1969 CC)[356].

En el derecho vigente, el régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios se encuentra en las reglas generales contenidas en los artículos 1101 y siguientes del CC. En el CC, la indemnización por daños y perjuicios requiere que la falta de conformidad se deba a una causa imputable al empresario, puesto que aquel no responde por caso fortuito o fuerza mayor (artículo1105 CC)[357]. Por otro lado, son indemnizables los daños patrimonia-

356. En este sentido, véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (…)», *op. cit.*, p. 26, quien añade que, dado que la indemnización por daños y perjuicios también se regula en el artículo 116 TRLGDCU podía entenderse que: «la pretensión se encuentra en el Capítulo I». En este caso, según la autora: «el plazo también sería de 5 años (antes de la reforma de 2015 hubieran sido 15), pero entonces sería así por aplicación de lo dispuesto en el art. 1964 CC y es más dudoso que necesariamente coincidan los *dies a quo* (*cfr.* art. 1969 CC y art. 124 TR-LGDCU). Además, ese art. 1964 CC podría no ser de aplicación en las Comunidades Autónomas que tuvieran un derecho propio sobre la prescripción». En la misma línea, véanse CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (…)», *op. cit*, p. 16; y SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 68.

357. De acuerdo con GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *op. cit.*, p. 12, en estos casos el criterio de imputación es la responsabilidad objetiva, «puesto que el incumplimiento le es imputable a la parte contractual si existe alguna conexión relevante entre el incumplimiento y el sujeto [como] la propiedad de la cosa (arts. 35-36 Convención de Viena, art. 4 Ley 23/2003, arts. 1484-1485 CC) (…)». En cambio, de acuerdo con ARROYO I AMAYUELAS, E., «The Implementation

les, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1106 CC) y los daños morales derivados del incumplimiento. Si el deudor es de buena fe rige, además, la regla de la previsibilidad del daño, por lo que el deudor únicamente es responsable de las pérdidas que previó, o cabría esperar que previera, en el momento en el que celebró el contrato como resultado del incumplimiento (artículo 1107, primer párrafo, CC). Si es de mala fe o doloso, el deudor responde de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimento de la obligación (artículo 1107, segundo párrafo, CC). También rige el deber del deudor de mitigar el daño, que es admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con base en el principio de buena fe[358].

El TRLGDCU no regula si, y en qué medida, la contribución del consumidor en la causación de la falta de conformidad afecta su derecho a exigir las medidas correctoras[359] y, en concreto, la indemnización por daños y perjuicios, por lo que deben aplicarse las reglas generales sobre reducción o supresión de la indemnización en caso de contribución del perjudicado en la causación del incumplimiento[360] (en el derecho catalán, *vid*. el artículo 621-27 CCCat[361]).

---

of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *op. cit*., p. 39, la remisión del artículo 116 TRLGDCU al artículo 1101 CC, comporta que la regla general en el derecho español es que el resarcimiento de daños y perjuicios exige culpa del deudor. En consecuencia, de acuerdo con la citada autora: «*The fault liability rule prevents the consumer from claiming damages from the seller who does not supply updates, but who does not act on behalf of the manufacturer and relies on the latter to supply them to the consumer*». DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2a edición, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 18, defienden que: «en el Derecho Catalán, la responsabilidad del deudor por incumplimiento es incolora, en el sentido de que no requiere de título de imputación subjetiva. (…). Únicamente si el incumplimiento puede justificarse por un acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor (caso fortuito o fuerza mayor), este se exonera de responsabilidad».

358. Carrasco Perera, A., *Derecho de contratos*, *op. cit.*, pp. 1389-1392.

359. La DCD no contiene un precepto equivalente al artículo 13.7 DCV de acuerdo con el cual: «Los Estados miembros podrán decidir si, y en qué medida, una contribución del consumidor a la falta de conformidad afecta a su derecho a exigir medidas correctoras».

360. En este sentido véanse, ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 155; y CASTILLA BAREA, M., *La Nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: (…)*, *op. cit.*, p. 358.

361. De acuerdo con el artículo 621-27 CCCat: «El vendedor no responde de la falta de conformidad que resulte de haber seguido las instrucciones del comprador o haber utilizado materiales facilitados por este, siempre que previamente le haya advertido expresamente de los peligros y las consecuencias que se puedan derivar».

Por otro lado, el derecho del consumidor a solicitar al suministrador una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad de los contenidos o servicios contractuales no afecta a otras acciones que el consumidor pueda tener frente a otros sujetos para exigir una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la responsabilidad extracontractual. En concreto, si los contenidos o servicios pueden ser calificados de defectuosos, el consumidor puede exigir una indemnización por los daños sufridos con base en el Libro tercero del TRLGDCU relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, siempre que se den los requisitos exigidos legalmente[362]. Por otro lado, si la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales deriva de una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el RGPD[363], el consumidor tiene, además, derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios materiales o inmateriales derivados de la infracción del RGPD (artículo 82 RGPD)[364].

En el derecho civil catalán, tal y como se ha señalado, el CCCat reconoce dentro de los remedios del comprador y el vendedor el derecho a exigir una indemnización por daños y perjuicios [artículo 621-37.1.e CCCat]. Sin embargo, el CCCat no regula el régimen jurídico específico de la indemnización por daños y perjuicios. Por ello, se aplican las normas de los artículos 1101 y siguientes del CC, así como la interpretación jurisprudencial de las mismas[365]. Con todo, el CCCat sí que regula que las pretensiones

362. En este sentido, véanse MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario al artículo 117 LGDCU», *op. cit.*, p. 1722; y ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», *op. cit.*, p. 134.

363. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE L119/1, de 4.5.2016). De acuerdo con el considerando 48 DCD: «Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva».

364. En este sentido, véase CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *op. cit.*, p. 79.

365. En este sentido, véanse ANDERSON, M., «Comentari a l'article 621-37. Remeis», *op. cit.*, pp. 378-379; y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH

y acciones derivadas de la indemnización por daños y perjuicios a favor del adquirente se extinguen en el plazo de tres años, a contar des de que el adquirente conoce o puede conocer la falta de conformidad (artículo 621-44 CCCat).

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Capítulo IV. Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 131-156.

ANDERSON, M., «Comentari a l'article 621-37. Remeis», en Egea i Fernàndez, Joan; Ferrer i Riba, Josep (dirs.); Farnós Amorós, Esther (coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 372-386.

ANDERSON, M., «Comentari l'article 621-42. Reducció del preu i càlcul», en Egea i Fernàndez, Joan; Ferrer i Riba, Josep (dirs.); Farnós Amorós, Esther (coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 422-426.

ARNAU RAVENTÓS, L., «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fasc. III, 2013, pp. 1279-1296.

ARNAU RAVENTOS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias presentaciones», en ARROYO I AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (coords.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 79-100.

ARNAU RAVENTOS, L., «Capítulo II. Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 48-95.

CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2a edición, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 18. Con todo, estos autores señalan (p. 189) que si bien: «en el sistema del CCEsp, la responsabilidad exige la imputación subjetiva del daño al deudor, sea por culpa o negligencia, o bien dolo (…), en el Derecho Catalán, la responsabilidad del deudor por incumplimiento es incolora, en el sentido de que no requiere de título de imputación subjetiva. (…)».

ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 171-205.

ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M., «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVI fasc. I (enero-marzo), 2023, pp. 75-126.

ARROYO I AMAYUELAS, E., «Capítulo I. Las nuevas Directivas sobre digitalización del derecho de contratos», en ARNAU RAVENTÓS, L. (Dir.) *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 19-46.

ARROYO I AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (compraventa de bienes y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO*, núm. 41, 2022, pp. 1-32.

ARROYO I AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 11.1, 2022, pp. 35-40.

BEALE, H., «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2016, pp. 1-30.

BEHAR-TOUCHAIS, M., «Remedies in the Proposed Digital Content Directive: An Overview», en SCHULZE, R. *et al.* (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart Publishing-Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 127-140.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, S., «El derecho de desistimiento», en CARRASCO PERERA, A. (Dir.) *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 255-280.

BIANCA, M. C., «Article 3. Rights of the consumer», en BIANCA, M. C., GRUNDMANN, S. (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, pp. 149-178.

BORGHETTI, J. S., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. France», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), SCHULZE, R. (ed.) *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook.*, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2023, pp. 249-272.

CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, núm. 3, 2016, pp. 1-91.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, núm. 9881, 2021, pp. 1-38.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2021.

DE FRANCESCHI, A., «Consumer's remedies for defective goods with digital elements», *JIPITEC*, 2, 2021, pp. 143-156.

DE FRANCESCHI, A., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. Italy», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), SCHULZE, R. (ed.) *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook*, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2023, pp. 381-408.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R, «Comentario al artículo 1484 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, A., *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, Vol. IV, 2a ed., Civitas –Thomson Reuters, 2016, pp. 194-203.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634, 2016*.

FAUVARQUE-COSSON, B., «The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning Contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)», European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2016.

FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, Fasc. I, 2009, pp. 157-280.

FENOY PICÓN, N., «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685.

FENOY PICÓN, N., «La compraventa del Texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, Fasc. II, 2013, pp. 717-836.

FOUNTOULAKIS, C., «Comment to article 72 CISG», en SCHWENZER, I. (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4a edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 102-1040.

GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, núm. 3, 2007, pp. 1-49.

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 67, núm. 4, 2014, pp. 1199-1252.

GÓMEZ POMAR, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *InDret*, núm. 4, 2019.

GÓMEZ POMAR, F., «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 495-549.

GSELL, B., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 14. Remedies for lack of conformity», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (edrs.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Munchen, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, pp. 241-306.

IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliar*io, vol. 96, núm. 779, 2020, pp. 1591-1645.

LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 116 a 119 *quater* TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), ZUMAQUERO GIL, L. (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1699-1778.

MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario al artículo 117 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1715-1724.

MARÍN LÓPEZ, M. J, «Comentario a los artículos 118 a 122 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1725-1774.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley*, núm. 9461, 2019, pp. 1-13.

MARÍN LÓPEZ, M. J, «Conformidad de los bienes y remedios por disconformidad», en CARRASCO PERERA, A. (Dir.) *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 281-302.

MAK, C., «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis», European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Publications Office, 2016. Disponible en: https://data.europa.eu/doi/10.2861/277682

MÜLLER-CHEN, M., «Comment to article 50 CISG», en SCHWENZER, I. (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4a edición, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 799-809.

Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2a edición, Madrid, Marcial Pons, 2021.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., «Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXXV-II, 2022, pp. 635-724.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «La suspensión del cumplimiento», en MORALES MORENO, A. M. (Dir.), BLANCO MARTÍNEZ, E. (coord.), *Estudios de derecho de contratos*, BOE, Madrid, 2022, pp. 1207-1226.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 33-87.

SCHULZE, R., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 3. Level of harmonisation», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (edrs.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Munchen, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, pp. 91-96.

SCHULZE, R. y ZOLL, F., *European Contract Law*, 3.ª edición, Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, Alemania, 2021.

SCHULZE, R., «The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771. Germany», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), SCHULZE, R. (ed.) *Harmonizing Digital Contract Law, The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771*

and the Regulation of Online Platforms. A Handbook., Nomos, Beck, Hart Publishing, 2023, pp. 273-300.

SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Issue 3, 2019, pp. 257-279.

SEIN, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *European Review of Contract Law,* Vol. 15, Issue 4, 2019, pp. 365-391.

STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, Volume 28, Issue 2, 2020, pp. 219-250.

STAUDENMAYER, D., «Digital Content Directive (2019/770), Art. 3. Scope», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (edrs.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Munchen, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, pp. 57-91.

TWIGG-FLESNER, C., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», en SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D. (edrs.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Munchen, Oxford, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2020, pp. 306-316.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Comentario al artículo 1474 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, A., *et al.* (Dirs.), *Código civil comentado*, Vol. IV, 2a ed., Civitas –Thomson Reuters, 2016, pp. 150-155.

VON BAR, CH., CLIVE, E. (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR),* Vol. 1, Sellier, Munich, 2009.

ZOLL, F, «Chapter 11. The buyer's remedies. Articles 106-122 CESL», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Ch. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 490-532.

ZOLL, F., «The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, no. 6, 2016, pp. 250-254.

IX

La resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

MARIAN GILI SALDAÑA
Profesora de Derecho civil
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR FALTA DE SUMINISTRO DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES. *1. Incumplimiento de la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales. 2. Incumplimiento de la obligación de entrega del soporte material que sirve de portador del contenido digital.* III. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES CON EL CONTRATO. *1. Puesta en conformidad imposible o desproporcionadamente costosa.* 1.1. Puesta en conformidad imposible. 1.2. Puesta en conformidad desproporcionadamente costosa. *2. Imposibilidad de poner en conformidad en un plazo razonable y de forma gratuita y sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario. 3. Aparición de una falta de conformidad tras el intento de poner en conformidad. 4. Falta de conformidad grave. 5. No puesta en conformidad anticipada o previsible.* IV. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES QUE AFECTA NEGATIVAMENTE A SU ACCESO O USO. *1. Modificación de los contenidos o servicios digitales: requisitos. 2. Resolución del contrato de suministro por modificación de los contenidos o servicios digitales: requisitos y efectos. 3. Excepción al derecho del consumidor o usuario a resolver el contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales.* V. EL FUNCIONAMIENTO DEL REMEDIO RESOLUTORIO POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/770 Y EL TRLGDCU (I): PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA. *1. Declaración del consumidor o usuario manifestando su voluntad de resolver*

el contrato. 2. Falta de conformidad no leve o de escasa importancia. 2.1. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con precio. 2.2. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con datos personales. 2.3. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con precio y datos personales (contratos mixtos). VI. EL FUNCIONAMIENTO DEL REMEDIO RESOLUTORIO POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/770 Y EL TRLGDCU (II): EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. *1. Obligaciones y derechos del empresario.* 1.1. Obligaciones del empresario respecto del precio y otros importes pagados por el consumidor o usuario. A. Obligación de reembolsar los importes pagados con arreglo al contrato. B. Obligación de reembolsar el precio pagado en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales por tiempo determinado. 1.2. Deber del empresario de cumplir con las obligaciones en materia de protección de datos. 1.3. Obligaciones del empresario respecto de los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales. A. Obligación de abstenerse de utilizar los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados por el consumidor o usuario. B. Obligación de poner a disposición del consumidor o usuario los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados al utilizar los contenidos o servicios digitales. 1.4. Derecho del empresario a impedir el uso de los contenidos o servicios digitales con posterioridad a la resolución. *2. Obligaciones y derechos del consumidor o usuario.* 2.1. Obligación del consumidor o usuario de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales. 2.2. Obligación del consumidor o usuario de abstenerse de poner los contenidos o servicios digitales a disposición de terceros. 2.3. Obligación del consumidor o usuario de devolver el soporte material que sirve de portador del contenido digital. 2.4. Derecho del consumidor o usuario a no pagar por el uso del contenido o servicio digital previo a la resolución en los contratos de suministro por tiempo determinado. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende contribuir a la comprensión del régimen jurídico del remedio resolutorio en la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados

aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[1] (en adelante, Directiva 2019/770), y en su correspondiente transposición al Derecho español por medio del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril[2] (en adelante, Real Decreto-ley 7/2021), que modificó el Texto Refundido de la

1. Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE L 136/1, de 22 de mayo de 2019). Como se ha examinado en el Capítulo 1 de esta obra, se trata de una Directiva de máximos que armoniza plenamente las normas sobre la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o de incumplimiento en el suministro y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras, y las normas sobre la modificación de los contenidos o servicios digitales.
   Para una aproximación general a esta Directiva, *vid.*, entre otros, SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», *European Review of Contract Law,* Vol. 15, N.º 3, 2019, pp. 257-279; SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, N.º 4, 2019, pp. 365-391; MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, N.º 5, 2019, pp. 194-201; MORAIS CARVALHO, J., «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO I AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (Coords.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, 2020, pp. 31-48.
2. Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021). La reforma operada por este Real Decreto-ley entró en vigor el 1 de enero de 2022.
   Para una presentación de la transposición de la Directiva 2019/770 a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto-ley 7/2021, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, N.º 9887, 2021; ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, N.º 41, 2022, pp. 1-32; TAPIA HERMIDA, A., «Síntesis de la reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24 en materia de transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *Diario La Ley*, N.º 9991, Sección Tribuna, 2022; TAPIA HERMIDA, A., «La reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24. Transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *La Ley Mercantil*, N.º 87, 2022.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias[3] (en adelante, TRLGDCU).

Para situar el remedio resolutorio en el conjunto de los mecanismos de tutela que el consumidor o usuario[4] tiene a su disposición frente al incumplimiento –en el sentido amplio del término– del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales o frente a la modificación de los

3. **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 (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).**

4. Tanto la Directiva 2019/770 –también la anterior Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (Bruselas, 9 de diciembre de 2015 [COM [2015] 634 final; 2015/0287[COD]])– como el TRLGDCU circunscriben su ámbito de aplicación a los contratos con consumidores o usuarios. *Vid.* el artículo 3 de la Directiva 2019/770 y los artículos 2 y 114 TRLGDCU, así como el análisis realizado de tales preceptos en el Capítulo 2 de esta obra.

Dicho ámbito de aplicación difiere del de la decaída Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM/2011/0635 final – 2011/0284 (COD)], que regulaba un conjunto uniforme de normas para los contratos de compraventa de bienes, suministro de contenidos digitales y prestación de servicios relacionados celebrados entre comerciantes (B2B) y entre comerciantes y consumidores (B2C). *Vid.* artículos 1-7 de la Propuesta de Reglamento.

También contrasta con el ámbito de aplicación de las disposiciones que se ocupan de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (DOGC núm. 7314, de 22 de febrero de 2017; BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2017) (en adelante, CCCat). El libro sexto del CCCat fue modificado por el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre (DOGC núm. 8564, de 16 de diciembre de 2021; BOE núm. 44, de 21 de febrero de 2022), para incorporar al ordenamiento jurídico catalán las Directivas 2019/770 y 2019/771. La transposición de la Directiva 2019/770 se llevó a cabo mediante la incorporación al libro sexto del CCCat de una Sección cuarta (*Suministro de contenidos y servicios digitales*) en el Capítulo I (*Contratos con finalidad transmisora*) del Título II (*Tipos contractuales*). De acuerdo con lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Decreto-ley 27/2021, el legislador catalán optó por generalizar las reglas en materia de contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cualquier contratante. En consecuencia, el artículo 621-67.1 CCCat establece que la regulación contenida en los artículos 621-67 a 621-78 CCCat se aplica a «los contratos onerosos en cuya virtud una parte se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales y la otra a pagar un precio en dinero o a facilitar sus datos para finalidades diferentes de las necesarias para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del suministrador o para que este cumpla los requisitos legales exigibles». Dicha regulación únicamente es imperativa en los contratos de consumo (art. 621-67.3 CCCat).

contenidos o servicios digitales que afecte negativamente al acceso a o al uso de los mismos, la presentación se articulará en torno a los preceptos de la Directiva 2019/770 y del TRLGDCU que regulan las causas que permiten acudir al remedio resolutorio (arts. 11, 13, 14 y 19 de la Directiva 2019/770; entre nosotros, arts. 66 bis, 117.1, 119 y 126-126 bis TRLGDCU) y las disposiciones de tales normas que contienen el régimen jurídico propiamente dicho –señaladamente, los presupuestos y efectos– de la resolución contractual (arts. 15-18 de la Directiva 2019/770 y arts. 119 ter y 119 *quáter* TRLGDCU).

La Directiva 2019/770 –como la anterior Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales[5] (en adelante, PDCD)– no contiene una definición del término «resolución» (o *termination* en su versión en inglés) ni tampoco del acto de «resolver» (*to terminate*) el contrato[6]. El silencio de la Directiva contrasta con la solución que el legislador europeo adoptó en su día en el artículo 8.1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL), donde «resolver» el contrato se definía como el acto de «poner fin a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato, a excepción de aquellos que tengan su fundamento en cualquier cláusula contractual que regule la solución de conflictos o cualesquiera otras cláusulas que deban aplicarse incluso después de la resolución»[7]. El TRLGDCU tampoco define el remedio resolutorio, como tampoco

5. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (Bruselas, 9 de diciembre de 2015 [COM [2015] 634 final; 2015/0287[COD]]).

6. **Tampoco contiene una definición de este tipo la otra Directiva europea sobre conformidad en materia de contratos de consumo, la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE L 136/28, de 22 de mayo de 2019; en adelante, Directiva 2019/771).**

7. Sobre el concepto de «resolución» en el CESL, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, Fasc. IV, 2014, pp. 1199-1252, pp. 1201-1202.
cfr. artículo III.–3:501 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), que no contiene propiamente una definición de «resolución», sino que se limita a afirmar que dicho término designa tanto la resolución de la relación contractual en su totalidad como en parte, y que el acto de «resolver» tiene un significado equivalente.

lo hace el artículo 1124 del Código civil[8] (en adelante, CC) al regular con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico la acción de resolución contractual. Sin embargo, la noción técnica de resolución como mecanismo de reacción frente al incumplimiento –de nuevo, en el sentido amplio del término– no plantea particulares debates terminológicos entre nosotros. La resolución por incumplimiento en el TRLGDCU –y en el Derecho español en general– coincide con lo que en la terminología utilizada por la Directiva 2019/770 constituye la *termination*. Por ello, nos referiremos a partir de ahora a la «resolución» como aquel remedio frente al incumplimiento del deudor –el empresario en el ámbito de aplicación concreto de las reglas de la Directiva 2019/770 y del TRLGDCU– que permite a la parte perjudicada por el incumplimiento –el consumidor o usuario en el ámbito de la Directiva 2019/770 y del TRLGDCU– poner fin a los derechos y obligaciones derivados del contrato de suministro de bienes o contenidos digitales[9].

---

8. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

9. Sobre la definición del remedio resolutorio en el TRLGDCU, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1761-1770, p. 1766, quien define la resolución como el derecho «más "radical", en la medida en que provoca la extinción del contrato, y en consecuencia, de las relaciones jurídicas que de él derivan». En un mismo sentido, LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1749-1769, p. 1751.
Sobre el régimen general del remedio resolutorio en el Código civil, y la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el mismo, *vid.*, entre otros muchos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Vol. II, 6.ª ed., Cívitas, Madrid, 2008, Cap. XXIV, apdo. 3, epígrafe 11 (Resolución e incumplimiento: la resolución como sanción de un ilícito y como defensa del interés lesionado) (disponible en Aranzadi Proview), quien afirma que «una exacta definición de la figura de la resolución exige considerarla como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre la inejecución del programa de prestación, que no tiene ya razones de peso para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no lo hubiere hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial que hubiese llevado a cabo»; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, N.º 3, 2007, pp. 1-49, p. 21, quien define la resolución como el remedio que «permite al contratante víctima del incumplimiento desligarse de los compromisos contractuales asumidos, eliminando o resolviendo la eficacia del mismo, como medio de reaccionar ante un incumplimiento cualificado del mismo por parte del otro contratante»; y CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, Parte IV, Cap. 22/1 (disponible en

Por otro lado, centraremos fundamentalmente nuestro análisis en el ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a resolver el contrato cuando el empresario incumpla su obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales, cuando incumpla su obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales conformes con el contrato, y también cuando lleve a cabo una modificación de los contenidos o servicios digitales que afecte negativamente al acceso a o al uso de los mismos, y concurran los presupuestos exigidos legalmente en cada caso para poder acudir a dicho remedio.

En cuanto al ejercicio por el empresario de su derecho a resolver el contrato, nos limitaremos a señalar que el legislador europeo decidió ocuparse únicamente de la facultad resolutoria del consumidor y dejó en manos de los Estados miembros, por ser competencia del Derecho nacional, la regulación de las consecuencias para el contrato de suministro de que el consumidor o usuario retirara el consentimiento al tratamiento de sus datos personales (Considerando 40). El legislador español, haciendo uso de esta competencia, ha reconocido al empresario el derecho a resolver el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales cuyo acceso se haya procurado a cambio de datos personales cuando el consumidor o usuario ejercite su derecho a retirar el consentimiento o a oponerse al tratamiento de sus datos personales conforme a lo dispuesto en el Reglamento general de protección de datos[10] (art. 119 ter.7 TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid*. el art. 621-78 CCCat, que ha optado por sustituir el verbo «resolver» por «desistir» y, por tanto, parece haber configurado el supuesto de hecho como un derecho de desistimiento a favor del empresario)[11]. El ejercicio de la facultad resolutoria por parte

---

Aranzadi Proview), quien afirma que «[m]ediante la resolución, el acreedor pone fin sobrevenidamente con efectos *ex nunc* o *ex tunc* (según los casos) a la relación jurídica, hace decaer el vínculo que crea la obligación y el (eventual) título por el que el deudor posee la cosa o retiene la prestación ya realizada».

10. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE L119/1, de 4 de mayo de 2016; en adelante, RGPD).

11. El ejercicio del remedio resolutorio por el empresario que prevé el TRLGDCU ha suscitado numerosos interrogantes en la doctrina, especialmente por las dudas que suscita su compatibilidad con la normativa europea de protección de datos personales. Reproduciendo a CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», ob. cit., «el interrogante real es si el Derecho de la Unión Europea y el

del empresario exige, no obstante, que concurran una serie de requisitos: por un lado, que el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales; por otro lado, que dicho suministro se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte; finalmente, que el ejercicio del derecho a retirar el consentimiento u oponerse al tratamiento de los datos personales no comporte ninguna penalización para el consumidor o usuario.

Partiendo de lo anterior, el régimen jurídico del remedio resolutorio se construye en la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU a partir de varios criterios:

(i) El objeto del contrato de suministro.

El contrato de suministro puede tener por objeto contenidos digitales, esto es, datos producidos y suministrados en formato digital, como, por ejemplo, programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas [Considerando 19 de la Directiva 2019/770 y arts.

Derecho nacional (al que se remite el considerando 40 de la Directiva) vetan que se aparejen consecuencias negativas a la revocación del consentimiento al tratamiento de datos del consumidor que, de esta forma, podría ver mermada la libertad de su decisión, cuando el rasgo del consentimiento "libre" es de esencia en la autorización al tratamiento de datos que resida en esa justificación (arts. 6.1.b, 4.11 y 7 RGPD). Pues bien, en el ordenamiento español, el art. 6.3 de la LOPDyGDD (LO 3/2018, *cfr.* art. 7.4 RGPD) establece que "no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual"; lo cual, cuando menos, introduce serias dudas sobre la opción ahora consagrada legalmente a favor del empresario que resuelve el contrato si el consumidor no mantiene su consentimiento al tratamiento de los datos (por revocación u oposición), sin ninguna precisión en el TR-LGDCU ni sobre los fines de ese tratamiento ni sobre la necesidad del uso de esos datos para la ejecución del contrato, por ejemplo». Por ello, el autor concluye que: «Quizás, más que una auténtica resolución, si se sostiene que no existe auténtica obligación para el consumidor, pueda pensarse que el legislador haya introducido un derecho del empresario a *desistir* lícita y unilateralmente del contrato ante unas nuevas circunstancias que pueden hacer económicamente contraproducente para él el mantenimiento del contrato». En un mismo sentido, *vid.* LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., pp. 1767-1768. Asimismo, CARRASCO PERERA, Á., «Resolución del contrato pagado con datos personales como precio», *Actualidad jurídica Aranzadi*, N.º 988, 2022, para quien «[c]laro es que el proveedor puede "resolver" su propia obligación, por haber desaparecido la causa bilateral que la sostenía, si el consumidor revocara su consentimiento, y esto tampoco es un remedio resolutorio».

2, apartado 1), de la Directiva 2019/770 y 59 bis.1, letra d), TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-3.2 a) CCCat][12].

También puede tener por objeto servicios digitales, esto es, servicios que permiten al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o que permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos, como, por ejemplo, el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrecen en el entorno de computación en nube y las redes sociales [Considerando 19 de la Directiva 2019/770 y arts. 2, apartado 2), de la Directiva 2019/770 y 59 bis.1, letra e), TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* artículo 621-3.2 b) CCCat][13].

Adicionalmente, la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU también incluyen en su ámbito de aplicación, junto con los contenidos digitales pre-generados por el empresario, los contenidos –distintos de los datos personales– facilitados o creados por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales, como, por ejemplo, fotos o videos personales, tweets o valoraciones de cliente (*ratings*)[14].

---

12. Para un análisis exhaustivo de la definición de «contenido digital», *vid.* el Capítulo 2 de esta obra.
El TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de contenido digital, aunque referido a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, en el caso *EU contra PE Digital GmbH* (STJUE, Sala sexta, de 8 octubre 2020, TJCE 2020, 216). De acuerdo con dicha sentencia, la elaboración, por un sitio de Internet dedicado a la búsqueda de pareja, de un informe de evaluación de la personalidad sobre la base de un test de personalidad realizado por dicho sitio no constituye un suministro de «contenido digital» en el sentido de esta disposición. Puede verse un comentario a esta sentencia en BARCELÓ COMPTE, R., «A propósito de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (caso EU contra PE Digital GmbH): suministro de servicios digitales y derecho de desistimiento», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 26, N.º 3, 2021, pp. 14-30.

13. Para un análisis exhaustivo de la definición de «servicio digital», *vid.* el Capítulo 2 de esta obra.

14. En cambio, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 los contratos que tienen por objeto bienes con elementos digitales (art. 3.4 de la Directiva 2019/770). Este tipo de contratos, en los que los contenidos o servicios digitales están incorporados a los bienes o interconectados con ellos, y se suministran con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes, quedan sujetos a las disposiciones de la Directiva 2019/771. Sobre este tipo de bienes, *vid.* SEIN, K., «Goods With Digital Elements» and the Interplay With Directive 2019/771 on the Sale of Goods», SSRN, 2020 (disponible en: *https://ssrn.com/abstract=3600137* or *http://dx.doi.org/10.2139/*

La relevancia del objeto del contrato en la regulación del remedio resolutorio puede verse, como se analizará *infra* en el apartado VI de este Capítulo, en los efectos de la resolución que prevén los artículos 16.3 y 4 de la Directiva 2019/770 y los artículos 119 ter.5 c), d) y e) TRLGDCU (en el Derecho catalán, art. 621-77.4 y 5 CCCat).

(ii) La forma de suministro de los contenidos digitales.

El Considerando 19 de la Directiva 2019/770 identifica numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales, entre otras.

Teniendo en cuenta esta enumeración, es posible diferenciar dos formas de suministro de los contenidos digitales: directamente a través de Internet o a través de un soporte duradero. El artículo 2, apartado 13), de la Directiva 2019/770 define «soporte duradero» como todo instrumento que permita al consumidor o al empresario almacenar información dirigida personalmente a esa persona de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios (en un mismo sentido, art. 2.11 PDCD). Por su parte, el Considerando 20 proporciona algunos ejemplos de soporte material, como los DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria. El artículo 59 bis.1, letra q), TRLGDCU reproduce en términos similares la definición de la Directiva y añade que «[e]ntre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS».

---

ssrn.3600137); AVILÉS GARCÍA, J., «La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo)», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters, Cívitas, Madrid, 2020, pp. 515-558; ARNAU RAVENTÓS, L., «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Revista de educación y derecho / Education and law review*, N.º 24, 2021, pp. 1-29; BARCELÓ COMPTE, R. Y RUBIO GIMENO, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto de intersección de la DCD y la DCV», *InDret*, N.º 3, 2022, pp. 1-27, quienes cuestionan que el régimen de la compraventa deba desplazar siempre al régimen del contenido/servicio digital, pues en muchos casos los elementos digitales acabarán por tener mayor relevancia que el bien al cual se incorporen.

La posibilidad de que los contenidos digitales sean suministrados a través de un soporte explica que el artículo 3.3 de la Directiva 2019/770 extienda su ámbito de aplicación, «[a] excepción de los artículos 5 y 13 (…) a todo soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales» (en un mismo sentido, entre nosotros, arts. 114 TRLGDCU y 621-68.2 CCCat). Los soportes materiales que sirven de meros transmisores de contenidos digitales quedan de este modo sujetos a las disposiciones de la Directiva 2019/770, salvo en lo que respecta a las obligaciones relacionadas con la entrega y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega, que se rigen por las disposiciones correspondientes de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (en adelante, Directiva 2011/83)[15] (Considerando 20 de la Directiva 2019/770).

En nuestro Derecho, la distinción entre los contenidos digitales suministrados en un soporte material y los suministrados directamente a través de Internet parece deducirse de la rúbrica del artículo 66 bis TRLGDCU (*Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material*)[16]. Sin embargo, el legislador español no ha incorporado al TRLGDCU un precepto que regule específicamente el suministro de contenidos digitales a través de tales soportes.

La relevancia del suministro mediante un soporte material puede verse, por ejemplo, en el artículo 17.2 de la Directiva 2019/770 y en el artículo 119 ter.6 b) TRLGDCU (en el Derecho catalán, art. 621-77.7 CCCat), analizados *infra* en el apartado VI, en relación con la obligación del consumidor o usuario de devolver el soporte material tras la resolución del contrato.

(iii) El tipo de suministro llevado a cabo por el empresario.

El empresario puede suministrar los contenidos o servicios digitales en un único acto o en una serie de actos individuales, o de forma continua. El suministro en un único acto –por ejemplo, la descarga de un libro y su almacenamiento en un dispositivo personal– o en una serie de actos individuales –como el enlace que recibe el consumidor para descargar un libro electrónico nuevo cada semana– se caracteriza por que los consumidores o usuarios pueden acceder a los contenidos o servicios digitales posteriormente y utilizarlos

15. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DOUE L 304/64, de 22 de noviembre de 2011).

16. Para un análisis exhaustivo de este precepto, *vid.* el Capítulo 3 de esta obra.

indefinidamente (Considerando 56 de la Directiva 2019/770). Por su parte, el suministro continuo a lo largo de un período de tiempo –como un contrato de almacenamiento en nube de dos años o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido– supone que los contenidos o servicios digitales están disponibles o son accesibles para los consumidores o usuarios únicamente durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido (Considerando 57 de la Directiva 2019/770).

La relevancia del tipo de suministro puede verse, por ejemplo, en el artículo 16.1, segundo párrafo, de la Directiva 2019/770 y en el artículo 119 ter.5 a) TRLGDCU (en el Derecho catalán, art. 621-76.3 CCCat), en relación con la obligación del empresario de reembolsar parcialmente el precio pagado por el consumidor o usuario tras la resolución del contrato.

(iv) La contraprestación realizada por el consumidor o usuario a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales.

Tanto la Directiva 2019/770 como el TRLGDCU extienden su ámbito de aplicación a los contratos de suministro en los que el consumidor o usuario paga o se compromete a pagar un precio[17], pero también a aquellos en los que el consumidor o usuario facilita o se compromete a facilitar al empresario datos personales a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales. No obstante, se excluyen del ámbito de aplicación de tales normas los contratos de suministro en los que los datos personales facilitados por el consumidor son tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trata esos datos para ningún otro fin (arts. 3.1, segundo párrafo, de la Directiva 2019/770 y 59.4 TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-67.1 CCCat).

A pesar de que el Considerando 24 de la Directiva 2019/770 y la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2021 insisten en que la protección de datos personales es un derecho fundamental y, por tanto, los datos personales no pueden ser considerados una mercancía, lo cierto es que ambas normas permiten que el acceso a los contenidos o servicios digitales

17. A diferencia de lo que sucede en el TRLGDCU, el artículo 2, apartado 7), de la Directiva 2019/770 define expresamente «precio» como «el dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales».

pueda efectuarse a cambio de una contraprestación no dineraria en forma de datos personales[18] (*vid*. el art. 3.1 de la Directiva 2019/770 y, entre nosotros, el art. 119 ter.2 TRLGDCU, que se refiere expresamente a los «datos personales como contraprestación»; asimismo, arts. 3.1 PDCD[19] y 5 de la

18. Sobre la calificación de los datos personales como contraprestación del contrato, *vid.* entre nosotros DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de derecho privado*, Nº 104 (4), 2020, pp. 93-120; GARCÍA HERRERA, V., «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Actualidad Civil*, N.º 1, 2020, pp. 1-12; GARCÍA PÉREZ, R. M., «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 875-907; PLANA ARNALDOS, M. C., «Los datos personales como contraprestación», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618; MARTÍNEZ CALVO, J., «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *InDret*, N.º 4, 2021, pp. 1-48; HERRERÍAS CASTRO, L., «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16, 2022, pp. 1010-1037; MILÀ RAFEL, R., «Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales», en GÓMEZ POMAR, F. Y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), *Estudios de derecho contractual europeo*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 407-450; CARRASCO PERERA, Á., *Resolución del contrato pagado con datos personales como precio*, ob. cit.
Para algunas críticas a la configuración de los datos personales como contraprestación contractual por su condición de derecho fundamental, y por las distorsiones que puede generar la confluencia entre el RGPD y la normativa de protección de consumidores, *vid*., por todos, SÉNÉCHAL, J., «Article 16(2) of the Digital Content and Digital Services Directive on the Consequences of Termination of Contract or the difficult articulation between Union Law on Consumer contract and Union Law on the protection of personal data», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?,* Baden-Baden, 2020, pp. 147-162; SAN JULIÁN PUIG, V., «III. Comercio electrónico. Contenidos digitales», en VALPUESTA GASTAMINZA, E. Y HERNÁNDEZ PEÑA, J. C., *Tratado de Derecho Digital*, Parte III. Digitalización de identidades, actividades y procesos. Capítulo XI. Digitalización de actividades y contratos, La Ley, Madrid, 2021, apartados 11210-11212 (disponible en La Ley Digital); MARTÍNEZ CALVO, J., «Dualidad normativa en la regulación de los contratos "gratuitos" de suministro de contenidos y servicios digitales: la necesaria armonización entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16, 2022, pp. 1168-1185; MORALES BARCELÓ, J., «El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º 59, 2022.

19. Sobre los datos personales en la PDCD, *vid.* ROSSELLÓ RUBERT, F. M., «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de conte-

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea). Por consiguiente, los casos en los que el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico, y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales, o aquellos en los que el consumidor da su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales, quedan sujetos a las disposiciones de la Directiva 2019/770 y del TRLGDCU (Considerando 24 de la Directiva 2019/770).

La relevancia de la contraprestación realizada por el consumidor o usuario –contraprestación dineraria, no dineraria en forma de datos personales o mixta– puede verse, por ejemplo, en los artículos 16.1, segundo párrafo, y 16.2 de la Directiva 2019/770, así como en los artículos 119 ter.5 a) y b) TRLGDCU (en el Derecho catalán, art. 621-77.2 CCCat). Asimismo, en el artículo 14.6 de la Directiva 2019/770 y en el artículo 119 ter.2 TRLGDCU, analizados *infra* en el Capítulo V de este trabajo, en relación con la posibilidad de resolver el contrato de suministro pagado con datos personales, con independencia de si la falta de conformidad es o no leve o de escasa importancia (en el Derecho catalán, art. 621-76.2 CCCat).

(v) El incumplimiento resolutorio en que incurre el empresario.

Bajo el régimen de la Directiva 2019/770 –también de la anterior PDCD– y del TRLGDCU, el consumidor o usuario puede resolver el contrato por tres causas, siempre que concurran los presupuestos de aplicación establecidos legalmente para cada una de ellas. En primer lugar, el consumidor o usuario puede resolver el contrato en los casos de incumplimiento total de la obligación de suministro, esto es, de falta de suministro de los contenidos o servicios digitales (arts. 11.1 y 13 de la Directiva 2019/770; entre

---

nidos digitales», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 303, 2017, pp. 163-190; ROSSELLÓ RUBERT, F. M., «La Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de contenidos digitales no retribuidos monetariamente», en CASTAÑOS CASTRO, P. Y CASTILLO PARRILLA, J. A., *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 269-282; SÁNCHEZ LERÍA, R., «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de Directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 45, 2018, pp. 1-27.

nosotros, art. 66 bis, cuyo apartado 4 incluye una remisión al régimen de la resolución por falta de conformidad de los artículos 119 ter y 119 *quáter* TRLGDCU).

En segundo lugar, el consumidor o usuario puede resolver el contrato de suministro cuando los contenidos o servicios digitales suministrados no sean conformes con el contrato (arts. 11.2 y 3 y 14 y ss. de la Directiva 2019/770; entre nosotros, arts. 117 y ss. TRLGDCU). La responsabilidad del empresario por falta de conformidad puede darse, a su vez, en dos escenarios distintos en función de si el suministro de los contenidos o servicios digitales se ha producido en un único acto o en una serie de actos individuales de suministro y la falta de conformidad existe en el momento del suministro, o de si el suministro de los contenidos o servicios digitales debe realizarse durante un período de tiempo y la falta de conformidad se produce o manifiesta durante aquel período de suministro.

Finalmente, el consumidor o usuario también puede resolver el contrato de suministro cuando el empresario modifique los contenidos o servicios digitales y dicha modificación afecte negativamente al acceso a o al uso de los mismos (art. 19 de la Directiva 2019/770; entre nosotros, arts. 126 y 126 bis TRLGDCU; de nuevo, el art. 126 bis.3 incluye una remisión al régimen de la resolución por falta de conformidad de los artículos 119 ter y 119 *quáter* TRLGDCU)[20].

Partiendo de lo anterior, este trabajo se dividirá en cinco apartados, además de esta breve introducción: el apartado II estudiará los presupuestos que permiten acudir al remedio resolutorio por incumplimiento de la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales. El apartado III analizará las causas que permiten acudir al remedio resolutorio por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato. El apartado IV estudiará el régimen de la modificación de los contenidos o servicios digitales y las circunstancias que permiten acudir al remedio resolutorio cuando dicha modificación afecte negativamente al acceso a o

20. En cambio, en la regulación de los contratos B2C del CESL, el consumidor perjudicado por un incumplimiento podía acudir al remedio resolutorio (i) cuando el vendedor hubiera incumplido una obligación esencial del contrato (art. 114.1 CESL); (ii) cuando el vendedor se hubiera retrasado en la entrega tras haber recibido un plazo adicional para cumplir (arts. 115 CESL); (iii) cuando el incumplimiento fuera previsible o anticipado (arts. 116 CESL), y (iv) cuando hubiera una falta de conformidad significativa de los bienes con el contrato (art. 114.2 y 155.4 CESL). Sobre los incumplimientos resolutorios en el CESL, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., ob. cit., pp. 1212-1213.

al uso de los mismos[21]. Finalmente, los apartados V y VI explicarán el régimen general del remedio resolutorio y, en particular, sus presupuestos y efectos, poniendo énfasis en las obligaciones y derechos que se derivan de la resolución del contrato tanto para el empresario como para el consumidor y usuario. Para llevar a cabo este estudio, el trabajo tomará como punto de partida el diseño a partir del cual la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU organizan el funcionamiento del remedio resolutorio, relacionándolo con el régimen jurídico de la resolución en el Derecho español y en las propuestas para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en Europa y en España.

II. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR FALTA DE SUMINISTRO DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

La obligación principal del empresario consistente en suministrar el contenido o servicio digital –o entregar el soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales– se encuentra regulada en el artículo 5 de la Directiva 2019/770 y, en el ordenamiento jurídico español, en el artículo 66 bis TRLGDCU[22], que se encuentra ubicado en el Capítulo I (*Disposiciones generales*) del Título I (*Contratos con los consumidores y usuarios*) del Libro Segundo (*Contratos y garantías*) del TRLGDCU. Cuando los conteni-

21. La Directiva 2019/770 no regula otros supuestos que permitan resolver el contrato –señaladamente, el derecho a resolver del empresario por incumplimiento del consumidor– ni tampoco otras causas de terminación del contrato. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos generados por los usuarios de servicios digitales», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 838-862, pp. 838-841; CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS, E. Y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, 2020, pp. 141-174, pp. 141-144; PLANA ARNALDOS, M. C., ob. cit., pp. 602-604.
El TRLGDCU contempla, como ya se ha dicho, la facultad del empresario de resolver el contrato cuando el consumidor o usuario ejercita su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales, siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte (art. 119 ter.7 TRLGDCU).

22. Para un estudio exhaustivo de esta obligación de suministro de los contenidos y servicios digitales y de sus medidas correctoras, *vid.* el Capítulo 3 de esta obra.
Asimismo, entre nosotros, *vid.* SILLERO CROVETTO, B., «Artículo 66 bis. Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 981-1000, p. 998.

dos digitales se suministren en un soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva 2011/83 y, entre nosotros, al ya referido artículo 66 bis TRLGDCU en lo que respecta a las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega de bienes.

Tales preceptos se centran principalmente en tres tipos de cuestiones: (i) el momento en que debe cumplirse la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales (o de entrega del soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales); (ii) la forma en que se entiende cumplida la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales (o de entrega el soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales); y (iii) las medidas correctoras en caso de incumplimiento de la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales (o de entrega del soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales).

1. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

El empresario debe cumplir su obligación de suministro del contenido digital –suministrado directamente a través de Internet, esto es, sin un soporte material– o del servicio digital sin demora indebida tras la celebración del contrato, salvo que las parten acuerden otra cosa. Se entiende cumplida la obligación de suministro del contenido digital cuando el empresario pone a disposición del consumidor o usuario dicho contenido o cualquier medio adecuado para acceder al mismo o descargarlo, o cuando lo hace accesible para él o para la instalación física o virtual elegida para ese fin. Asimismo, cumple su obligación de suministro del servicio digital cuando hace accesible dicho servicio para el consumidor o usuario o para la instalación física o virtual elegida por el mismo a tal fin (arts. 5.2 de la Directiva 2019/770 y 66 bis.1 TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid*. art. 621-69 CCCat, que sustituye la obligación de suministro por la obligación de poner a disposición). Recae sobre el empresario la carga de probar el cumplimiento de estas obligaciones (art. 66 bis.5 TRLGDCU).

Se entiende que los contenidos o servicios digitales están disponibles o accesibles para el consumidor cuando tales contenidos o servicios, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos, llegan al entorno del consumidor y no es necesario ningún otro acto del empresario para que el

consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato. Asimismo, se considera que están accesibles para una instalación física o virtual (por ejemplo, una plataforma electrónica o una instalación de almacenamiento en nube) cuando el empresario suministra los contenidos o servicios digitales al tercero que gestiona la instalación (Considerando 41 de la Directiva 2019/770)[23].

El incumplimiento por el empresario de su obligación principal de suministro de los contenidos o servicios digitales constituye un incumplimiento grave que permite acudir al remedio resolutorio. Así lo establecen el artículo 13 de la Directiva 2019/770, al regular las medidas correctoras por incumplimiento de suministro, y el artículo 66 bis.2 y 3 TRLGDCU, al ocuparse de la obligación de suministro de contenidos o servicios digitales por parte del empresario.

La expresión «*[w]here the trader has failed to supply the digital content or digital service*» utilizada por el legislador europeo en el artículo 13 de la Directiva 2019/770 en su versión en inglés fue traducida de forma cuestionable en la versión española de la Directiva como «[c]uando el empresario no haya cumplido el suministro» e incorporada posteriormente al artículo 66 bis.2, segundo párrafo, del TRLGDCU mediante la expresión «[e]n el caso de que el empresario no cumpla su obligación de suministro». El incumplimiento de la obligación de suministro a que hacen referencia ambas normas debe ser interpretado entre nosotros como un incumplimiento total de la obligación de suministro y, por tanto, como una falta de suministro de los contenidos o servicios digitales o un retraso en el suministro de tales contenidos o servicios digitales[24]. Así se deduce de la remisión del artículo 13 de la Directiva 2019/779 al artículo 5, que regula la obligación del empresario de suministrar el contenido o servicio digital «sin demora indebida tras la celebración del contrato» (en un mismo

23. Con todo, añade el Considerando 41 de la Directiva 2019/770 que, cuando el contenido o servicio digital se hace accesible para una instalación física o virtual, se deben distinguir dos supuestos: (i) si el consumidor ha elegido la instalación física o virtual, la obligación de suministro se entiende cumplida cuando se suministran los contenidos o servicios digitales al tercero que gestiona la instalación; (ii) si el consumidor no ha elegido la instalación física o virtual –porque está sometida al control del empresario o vinculada contractualmente a él, o la instalación física o virtual es la única ofrecida por el empresario para recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital–, la obligación de suministro se entiende cumplida cuando puede recibir o acceder al contenido o servicio digital.

24. En relación con la PDCD, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, N.º 3, 2016, pp. 1-91, p. 50.

sentido, art. 66 bis.1 TRLGDCU). Como consecuencia de lo anterior, los casos de cumplimiento parcial, irregular o defectuoso de la obligación de suministro deben ser reconducidos a la categoría de la falta de conformidad material[25]. También las interrupciones a corto plazo del suministro de contenidos o servicios digitales, que, de conformidad con el Considerando 51 de la Directiva 2019/770, deben ser tratadas también como casos de falta de conformidad cuando tales interrupciones sean notables o recurrentes.

El ejercicio del remedio resolutorio en los casos de incumplimiento de la obligación de suministro se organiza en la Directiva y el TRLGDCU en torno a un doble régimen, en función de si el consumidor o usuario puede resolver o no automáticamente el contrato de suministro.

Por un lado, se establece con carácter general que el consumidor o usuario podrá acudir al remedio resolutorio cuando, incumplida la obligación de suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato o en el plazo –no esencial– pactado, y una vez que el consumidor o usuario haya solicitado al empresario el cumplimiento sin demora indebida o en un período de tiempo adicional acordado expresamente por las partes[26], el empresario vuelva a incumplir su obligación de suministro en ese plazo adicional (arts. 13.1 de la Directiva 2019/770 y 66 bis.2, segundo párrafo, TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.1 CCCat). Nótese que la Directiva y el CCCat establecen que el consumidor «pedirá» al empresario o «le tiene que pedir», respectivamente, que suministre los contenidos o servicios digitales, mientras que el legislador español, al utilizar la expresión «podrá solicitar», parece haber configurado la solicitud de cumplimiento en ese plazo adicional como una posibilidad [en un mismo sentido, art. 1200 de la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión de Codificación, Sección de Derecho civil, del Ministerio de Justicia en el 2009 (en adelante, PMCC 2009); art. 518-14 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores de Derecho civil de 2018 (en adelante, PCC 2018); art. 1181.2 de la Propuesta para la Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión de Codificación, Sección de Derecho

25. Sobre las causas que permiten acudir al remedio resolutorio por falta de conformidad de los contenidos servicios digitales con el contrato, *vid. infra* apartado III de este Capítulo.

26. En cambio, cuando se incumple la obligación de entrega del soporte material que porta exclusivamente el contenido digital, el plazo adicional de cumplimiento no se determina por acuerdo de ambas partes, sino que lo determina unilateralmente el consumidor o usuario.

civil, del Ministerio de Justicia en el 2023 (en adelante, PMCC 2023)]. A pesar de las dudas que pudiera suscitar esta expresión, en este primer régimen es necesario que el consumidor o usuario exija el cumplimiento en un plazo adicional antes de poder ejercitar su derecho a resolver el contrato.

Por otro lado, la Directiva y el TRLGDCU contemplan también supuestos de resolución automática. Así, el consumidor o usuario podrá acudir inmediatamente al remedio resolutorio –esto es, podrá resolver automáticamente el contrato sin conceder al empresario un plazo adicional para cumplir– si concurre alguna de las siguientes causas [arts. 13.2 de la Directiva 2019/770 y 66 bis.3 TRLGDCU; *cfr.* art. 621-77.1 CCCat, que no contempla la causa (ii)]: (i) el empresario se niega de forma clara a cumplir su obligación principal de suministro [«el empresario haya declarado (…) que no suministrará los contenidos o servicios digitales»][27]; (ii) el incumplimiento de la obligación de suministro es previsible o anticipado («así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales»)[28]; o (iii) el momento del cumplimiento de la obligación de suministro se ha configurado expresa o tácitamente como un término esencial [«las partes hayan acordado o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor o usuario es esencial que (…) el suministro se produzca en una fecha determinada o anterior a esta»].

Cuando, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, el consumidor o usuario tenga derecho a resolver el contrato, deberá acudirse a la regulación del remedio resolutorio prevista en los artículos 15-18 de la Directiva 2019/770 (art. 13.3 de la Directiva 2019/770) y en los artículos 119 ter y 119 *quáter* TRLGDCU (art. 66 bis.4 TRLGDCU), para cuyo análisis nos remitimos a los apartados V y VI de este Capítulo.

---

27. Esta causa que permite resolver el contrato recuerda a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que, al interpretar el artículo 1124 CC, estableció que era posible resolver el contrato cuando existía en el deudor una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» o «una conducta obstativa al cumplimiento del contrato», que ha sido sustituida con el tiempo por la más moderna doctrina jurisprudencial que exige que el incumplimiento se produzca «frustrando las legítimas expectativas de la otra parte». Sobre esta cuestión, *vid. infra* apartado III de este Capítulo.

28. De nuevo, esta causa que permite acudir al remedio resolutorio parece inspirarse en las normas reguladoras del incumplimiento previsible o anticipado (en los países del *Common Law, anticipatory breach o anticipatory repudiation*), que facultan a una de las partes a resolver el contrato, aunque no se haya producido todavía el incumplimiento, cuando es posible deducir que la otra parte incumplirá. Sobre esta cuestión, *vid. infra* apartado III de este Capítulo.

Nada dicen la Directiva y el TRLGDCU acerca de la posibilidad de acumular el remedio resolutorio por falta de suministro de los contenidos o servicios digitales a otros remedios y, señaladamente, a la indemnización de daños y perjuicios. Aunque el artículo 117 TRLGDCU establece expresamente que el consumidor o usuario puede exigir el remedio indemnizatorio, si procede, junto con otros remedios, dicho precepto se ubica en el Capítulo II (*Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario*) del Título IV (*Garantías y servicios postventa*) del Libro Segundo (*Contratos y garantías*) del TRLGDCU y, por tanto, opera en los casos de falta de conformidad del contenido o servicio digital con el contrato. A pesar de lo anterior, nada parece impedir que el consumidor o usuario perjudicado por el incumplimiento de la obligación de suministro pueda solicitar una indemnización del interés contractual positivo o de cumplimiento de conformidad con lo establecido en los artículos 1101 y ss. CC[29]. Así parece desprenderse del tenor literal del Considerando 73 de la Directiva 2019/770 cuando establece que «(…) el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales. La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad. Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas»[30].

2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DEL SOPORTE MATERIAL QUE SIRVE DE PORTADOR DEL CONTENIDO DIGITAL

Como ya se dicho, la Directiva 2019/770 resulta de aplicación a los contenidos digitales suministrados en un soporte material, así como al soporte material propiamente dicho cuando dicho soporte sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales. Sin embargo, en estos casos no

29. De hecho, en el Derecho español esta acumulación del remedio resolutorio y del remedio indemnizatorio se encuentra expresamente prevista en el artículo 1124 CC. *Vid.* también los artículos 1190, 1202 y 1482 PMCC 2009, los artículos 518-3, 518-19 y 541-6.4 PCC 2018 y los artículos 1173 y 1184.2 PMCC 2023. En el CESL, permiten dicha acumulación de remedios los artículos 8.2, 106 y 159 y ss.

30. En este sentido, SILLERO CROVETTO, B., ob. cit., p. 998.

son de aplicación las disposiciones de la Directiva 2019/770 sobre la obligación de suministro del empresario y sobre las medidas correctoras que puede exigir el consumidor en caso de incumplimiento en el suministro, sino las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega (Considerando 20 de la Directiva 2019/770).

Cuando el contenido digital se suministra en un soporte material, el empresario debe cumplir su obligación de entrega de dicho soporte, salvo que las partes acuerden otra cosa, sin demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato (art. 18.1 de la Directiva 2011/83/UE y art. 66 bis.1, primer párrafo, TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-13.2 CCCat). Se entiende cumplida esta obligación cuando el empresario entrega el soporte material que incorpora el contenido digital mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor o usuario (art. 18.1 de la Directiva 2011/83/UE y art. 66 bis.1, primer párrafo, TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-10 CCCat). Recae sobre el empresario la carga de probar el cumplimiento de esta obligación (art. 66 bis.5 TRLGDCU).

El incumplimiento por el empresario de su obligación principal de entrega del soporte material que contiene el contenido digital constituye un incumplimiento grave que permite acudir al remedio resolutorio. El ejercicio del remedio resolutorio en los casos de falta de entrega del soporte material también se organiza en la Directiva 2011/83/UE y el TRLGDCU en torno a un doble régimen, en función de si el consumidor o usuario puede resolver o no automáticamente el contrato de suministro.

Por un lado, el consumidor o usuario podrá recurrir al remedio resolutorio cuando el empresario incumpla su obligación de entrega, siempre que previamente haya emplazado al empresario a cumplir con su obligación en un plazo adicional adecuado a las circunstancias y el empresario tampoco haya cumplido (art. 18.1 de la Directiva 2011/83/UE y art. 66 bis.2, primer párrafo, TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-13.3 CCCat).

Por otro lado, se contemplan también supuestos de resolución automática. Así, el consumidor o usuario podrá recurrir inmediatamente –esto es, sin conceder un plazo adicional de cumplimiento– a la resolución del contrato si concurre alguna de las siguientes causas (art. 18.2, segundo párrafo, de la Directiva 2011/83/UE y art. 66 bis.3 TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-13.3 CCCat): (i) el empresario se niega a cumplir su obligación principal de entrega («el empresario haya rechazado entregar los bienes»); o (ii) el

plazo de entrega se ha configurado como un término esencial [«si las partes acordaron o así se desprende claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor o usuario es esencial que la entrega (…) se produzca en una fecha determinada o anterior a esta. En el supuesto de tratarse de bienes, dicho acuerdo deberá haberse producido antes de la celebración del contrato»]. En relación con esta segunda causa, el TRLGDCU se aparta de lo dispuesto en la Directiva 2011/83/UE, pues ésta no exige un acuerdo de las partes sobre la esencialidad del plazo de entrega previo a la celebración del contrato, sino únicamente que el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que el plazo de entrega es esencial.

Cuando, de acuerdo con el régimen anteriormente expuesto, el consumidor o usuario tenga derecho a resolver el contrato, deberá acudirse a la regulación del remedio resolutorio prevista en los artículos 15-18 de la Directiva 2019/770 (art. 13.3 de la Directiva 2019/770) y en los artículos 119 ter y 119 *quáter* TRLGDCU (art. 66 bis.4 TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* arts. 621-76 y 77 CCCat), para cuyo análisis nos remitimos a los apartados V y VI de este Capítulo.

Sobre la posibilidad de acumular el remedio resolutorio y el remedio indemnizatorio en estos casos, nos remitimos a lo señalado *supra* en el subapartado 1 en relación con el incumplimiento de la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales.

III. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES CON EL CONTRATO

El empresario está obligado a suministrar los contenidos o servicios digitales de conformidad con el contrato. Así se establece en los artículos 6 a 10 de la Directiva 2019/770 y, en el ordenamiento jurídico español, en los artículos 114 a 116 TRLGDCU, que se encuentran ubicados en el Capítulo I (*Disposiciones generales*) del Título IV (*Garantías y servicios posventa*) del Libro Segundo (*Contratos y garantías*) del TRLGDCU. El incumplimiento de esta obligación de conformidad genera la responsabilidad del empresario que prevén con carácter general los artículos 11 y 14 y ss. de la Directiva 2019/770 y, entre nosotros, los artículos 117 y ss. TRLGDCU[31], y el derecho del con-

31. Sobre los remedios por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, *vid.* el Capítulo 6 de esta obra.

sumidor o usuario a acudir a los remedios frente a la falta de conformidad previstos en tales preceptos.

Tanto la Directiva como el TRLGDCU configuran el remedio resolutorio por falta de conformidad –junto con la reducción proporcional del precio– como un remedio secundario o subsidiario[32], frente al remedio primario consistente en la puesta en conformidad (arts. 14 de la Directiva 2019/770 y 118.2 y 119 TRLGDCU; en el Derecho catalán, arts. 621-38 y ss.), y acumulable, cuando proceda, a la indemnización de daños y perjuicios (Considerando 73 de la Directiva 2019/770 y art. 117.1 TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-37 CCCat). Ambas normas priorizan de este modo el principio de conservación de los contratos, concediendo a los empresarios la posibilidad de corregir la falta de conformidad. La fórmula adoptada por la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU sigue la órbita de la PDCD[33] (Considerandos 36 y 37, y art. 12 PDCD), pero difiere de la del CESL, que, inspirándose en los *Principles of European Contract Law* y el *Draft Common Frame of Reference* (arts. 8:102 PECL y III.–3:102 DCFR), no previó una jerarquía de remedios que priorizara la puesta en conformidad en los contratos B2C (*vid.* arts. 106.3, 155.2 y 155.3 CESL)[34].

En lo que aquí interesa, las causas que permiten acudir al remedio resolutorio por falta de conformidad se recogen en los artículos 14.4 de la Directiva 2019/770 y 119 TRLGDCU[35] (en el Derecho catalán, *vid.* arts. 621-76 y 77 CCCat). Debe advertirse que, a pesar de la rúbrica del artículo 119 TRLGDCU (*Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato*), este precepto contiene **únicamente** las causas que permiten solicitar la resolución del contrato por falta de conformidad. El régimen jurídico propiamente dicho del remedio resolutorio se establece en los artículos 119 ter y 119 quáter, que se analizarán *infra* en los apartados V y VI de este Capítulo.

---

32. LETE ACHIRICA, J., ob. cit., p. 1751.
33. Sobre la jerarquía de remedios en la PDCD, *vid.* por todos CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», ob. cit., pp. 52-53.
34. Para algunas críticas a la falta de previsión de una jerarquía de remedios en los contratos B2C en el CESL, *vid.* WAGNER, G., «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review,* Vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 164.
35. *Vid.* un comentario a este precepto, entre nosotros, en LETE ACHIRICA, J., «Art. 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1737-1742.

En los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario **únicamente** puede exigir la resolución del contrato por falta de conformidad cuando se da alguna de las cinco causas previstas en el artículo 119 TRLGDCU[36], que reproducen casi literalmente las causas establecidas en el art**ículo** 14.4 de la Directiva 2019/770. Las causas que recogen las letras b) y c) de la Directiva 2019/770 –que se corresponden con las letras c) y d) del artículo 119 TRLGDCU– contemplan situaciones en las que el consumidor o usuario tiene derecho a exigir que los contenidos o servicios digitales suministrados sean puestos en conformidad, de manera que **únicamente p**uede resolver el contrato cuando el empresario fracasa en ese intento de puesta en conformidad. Por su parte, las causas que recogen las letras a), d) y e) del artículo 14.4 de la Directiva 2019/770-que se corresponden con las letras a), e) y f) del artículo 119 TRLGDCU– aluden a situaciones en las que está justificado resolver inmediatamente el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, pues sería contrario a los intereses del consumidor o usuario tener que esperar a la corrección de la falta de conformidad.

1. PUESTA EN CONFORMIDAD IMPOSIBLE O DESPROPORCIONADAMENTE COSTOSA

El consumidor o usuario puede exigir la resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales inmediatamente –esto es, sin tener que acudir previamente al remedio primario de la puesta en conformidad– cuando la medida correctora consistente en poner en conformidad los contenidos o servicios digitales (por ejemplo, facilitando actualizaciones o poniendo una nueva copia de los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor) resulta o bien imposible, o bien desproporcionada, en el sentido de los artículos 14.2 de la Directiva 2019/770 y 118.3 TRLGDCU [art. 14.4 a) de la Directiva 2019/770[37] y art. 119 a) TRLGDCU; en el Derecho

36. En realidad, el precepto prevé seis supuestos que permiten exigir la resolución del contrato, pero uno de ellos se refiere únicamente a contratos que tienen por objeto la adquisición de bienes, y no el suministro de contenidos o servicios digitales: «El consumidor o usuario podrá exigir una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato, en cualquiera de los siguientes supuestos: (…) b) El empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes o no lo haya realizado de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 118 o no lo haya hecho en un plazo razonable siempre que el consumidor o usuario hubiese solicitado la reducción del precio o la resolución del contrato».

37. En términos idénticos a los del artículo 14.4 a) Directiva 2019/770, *vid.*, para las compraventas de bienes, el artículo 13.4 a) en relación con el artículo 13.3 de la Directiva 2019/771.

catalán, *vid.* el art. 621-76.1 en relación con los arts. 621-40.1 a)[38], 621-38.2 a) y b) y 621-38.7 CCCat]. A diferencia de la PDCD, se omite en la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU la posibilidad de resolver el contrato cuando la puesta en conformidad sea ilegal (art. 12.3. a) PDCD).

1.1. Puesta en conformidad imposible

El derecho del consumidor o usuario a resolver inmediatamente el contrato de suministro cuando la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales por parte del empresario es imposible sigue la línea de las propuestas de modernización del Derecho de contratos europeo y español, que no permiten obtener el cumplimiento en forma específica cuando ese cumplimiento resulta «imposible» [art. 9:102 (2) (a) PECL y art. II.–3:302 (3) (a) DCFR; asimismo, arts. 110.3 a) y 111.1 CESL] o cuando la prestación es «jurídica o físicamente imposible» [art. 1192.1.º PMCC 2009, art. 518-6 (a) PCC 2018 y art. 1174.2 PMCC 2023].

Esta facultad resolutoria debe entenderse en sentido amplio. El consumidor o usuario puede resolver el contrato tanto los casos de imposibilidad jurídica como de imposibilidad física, técnica o material. Así se desprende del Considerando 65 de la Directiva 2019/770 cuando indica que el empresario puede resolver el contrato «[c]uando la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales resulte jurídica o prácticamente imposible…».

Puede, asimismo, resolver en los casos de imposibilidad total de la puesta en conformidad. Aunque ni la Directiva 2019/770 ni el TRLGDCU se pronuncian sobre los casos de imposibilidad parcial[39], esto es, si el consumidor tiene derecho a resolver el contrato de suministro cuando la imposibilidad de la puesta en conformidad afecta, por ejemplo, a una parte del período de

38. El art. 621-40.1 a) CCCat permite exigir la resolución del contrato «[s]i el vendedor no ha reparado o sustituido el bien, se ha negado a hacerlo o no lo ha hecho de acuerdo con lo que establece el artículo 621-38.3 a) y b)». La referencia al artículo 621-38.3 debe entenderse hecha en realidad al artículo 621-38.2.

39. GSELL, B., «Art. 14. Remedies for lack of conformity», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 241-271, p. 257, propone los siguientes ejemplos: por un lado, el de un contenido o servicio digital que debe suministrarse durante un periodo de dos meses (febrero y marzo), pero aparece una falta de conformidad en febrero que el empresario puede subsanar; por otro lado, el de un software suministrado en un único acto que presenta dos tipos de defectos, de los cuales únicamente uno de ellos es subsanable por el empresario.

suministro o a una de las diversas faltas de conformidad que tiene el contenido o servicio digital suministrado, una lectura conjunta de los artículos 14.6 y 16.1, segundo párrafo, de la Directiva 2019/770 y de los artículos 119 ter.2[40] y 119.ter.3 TRLGDCU permite concluir que también cabe la resolución del contrato de suministro celebrado a cambio del pago de un precio en los casos de imposibilidad parcial de la puesta en conformidad, siempre que la falta de conformidad sea importante. En efecto, de acuerdo con el artículo 119 ter.2 TRLGDCU, «[l]a resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación» (en un mismo sentido, art. 14.6 de la Directiva 2019/770). Por su parte, el artículo 119 ter.3 TRLGDCU señala que «en los casos en los que el contrato establezca el suministro de los contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período de tiempo determinado, y los contenidos o servicios digitales hayan sido conformes durante un período anterior a la resolución del contrato, el empresario reembolsará al consumidor o usuario únicamente la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes, así como toda parte del precio pagado por el consumidor o usuario como pago a cuenta de cualquier período restante del contrato en caso de que este no hubiese sido resuelto» (en un mismo sentido, art. 16.1, segundo párrafo, de la Directiva 2019/770).

Ni el artículo 14.4 a) de la Directiva 2019/770 ni el artículo 119 a) TRLGDCU –tampoco los artículos 14.2 de la Directiva 2019/770 y 118.3 a) TRLGDCU– determinan si la imposibilidad de la puesta en conformidad debe ser originaria o sobrevenida, una circunstancia que no parece tener relevancia en este contexto. Tampoco si debe ser subjetiva u objetiva, si bien la ausencia de una referencia expresa a las circunstancias subjetivas del empresario que le impidan poner los contenidos o servicios digitales en conformidad podría llevar a concluir que la imposibilidad debe ser entendida en este caso como una imposibilidad objetiva[41].

---

40. Aunque el artículo 119 ter.3 TRLGDCU –también el art. 16.2 de la Directiva 2019/771– se refiere expresamente a la resolución parcial del contrato, dicho precepto resulta de aplicación únicamente a los contratos de compraventa de bienes.

41. En este sentido, GSELL, B., ob. cit., p. 252, quien sostiene que en muchas ocasiones el empresario deberá acudir a un tercero para que le ayude a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad. La falta de recursos económicos del empresario para pagar a ese tercero no puede ser considerado un supuesto de imposibilidad en el sentido de la Directiva y el TRLGDCU.

1.2. Puesta en conformidad desproporcionadamente costosa

El consumidor o usuario también tiene derecho a resolver inmediatamente el contrato de suministro cuando la puesta de los contenidos o servicios digitales en conformidad es –jurídica o física, técnica o materialmente– posible, pero su ejecución supone costes absolutamente desproporcionados para el empresario. Para determinar si el coste de la puesta en conformidad merece la calificación de desproporcionado y, por tanto, el empresario puede negarse a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, se deben tener en cuenta «todas las circunstancias y, entre ellas: (a) el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad; (b) la relevancia de la falta de conformidad» (arts. 14.2 de la Directiva 2019/770 y 118.3 TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* el art. 621-38.2 CCCat).

De nuevo, la redacción de tales preceptos sigue la línea de las propuestas de modernización del Derecho de contratos europeo y español, que impiden que el deudor acuda al cumplimiento en forma específica cuando ese cumplimiento vaya a provocar en el deudor «esfuerzos o gastos irrazonables» [art. 9:102 (2) (b) PECL], «no sea razonable por resultar excesivamente oneroso o caro» [art. II.–3:302 (3) (b) DCFR], «sea desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador» [arts. 110.3 b) y 111.1 CESL], «[el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa] resulten excesivamente onerosos para el deudor» [art. 1192. 2.º PMCC 2009 y art. 518-6 (b) PCC 2018] o «no sea razonable exigir [la prestación]» [art. 1174.2 PMCC 2023].

La apreciación de la desproporcionalidad a la que hacen referencia la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU opera *ex lege* y, por tanto, es indiferente que el empresario haya invocado o no dicha desproporcionalidad para negarse a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, pues una exigencia de ese tipo podría dificultar o impedir que el consumidor o usuario acudiera al abanico de remedios subsidiarios –la reducción del precio y la resolución del contrato– previstos en la Directiva y el TRLGDCU.

La desproporcionalidad analizada se configura, además, como una desproporcionalidad absoluta, a diferencia de lo que sucede en la regulación de los contratos de compraventa de bienes[42]. Por ello, aunque no se diga expresamente ni en la Directiva 2019/770 ni en el TRLGDCU –probablemen-

42. Cuando el contrato tiene por objeto la adquisición de bienes, *vid.* el artículo 13.3 de la Directiva 2019/771, que añade que la desproporcionalidad de costes debe valorarse

te porque en este tipo de contratos es el empresario, y no el consumidor o usuario, quien elige la forma de la puesta en conformidad–, el empresario podrá negarse a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, no solo cuando la forma de poner en conformidad tenga unos costes desproporcionados en comparación con otra forma alternativa de puesta en conformidad (desproporcionalidad relativa), sino también cuando tales costes sean en sí mismos desproporcionados (desproporcionalidad absoluta).

2. IMPOSIBILIDAD DE PONER EN CONFORMIDAD EN UN PLAZO RAZONABLE Y DE FORMA GRATUITA Y SIN MAYORES INCONVENIENTES PARA EL CONSUMIDOR O USUARIO

El Código civil español no prevé una norma que regule con carácter general el derecho del deudor a subsanar o corregir el incumplimiento antes de que el acreedor pueda dar por terminada la relación contractual. En cambio, los artículos **1200** PMCC 2009, 518-14 PCC 2018 y 1181.2 PMCC 2023, establecen la posibilidad de que el acreedor conceda al deudor, antes de resolver el contrato, un plazo razonable para subsanar la falta de conformidad.

En los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales se permite que el consumidor o usuario puede resolver el contrato cuando el empresario no haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14.3 de la Directiva 2019/770 y 118.4 TRLGDCU [art. 14.4 b) de la Directiva 2019/770 y art. 119 c) TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* el artículo 621-76.1 en relación con los artículos 621-40.1 a), 621-38.3 y 621-38.7 CCCat)]. En consecuencia, es posible resolver contrato de suministro por falta de conformidad cuando concurre alguna de las circunstancias siguientes: (i) la puesta en conformidad no se ha realizado en un plazo razonable[43] desde el momento en que el empresario ha sido informado de la falta de conformidad (en un mismo sentido, art. 12.3 b) en relación con el art. 12.2 PDCD); (ii) la puesta en conformidad no se ha realizado de forma gratuita –o, en la terminología utilizada por

«en comparación con la otra medida correctora», acogiendo de este modo un concepto de desproporcionalidad relativa (en un mismo sentido, art. 118.1 TRLGDCU).

43. El Considerando 46 de la Directiva 2019/770 aclara que el criterio de razonabilidad «debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas. En particular, debe determinarse objetivamente lo que se considera un plazo razonable para subsanar la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, teniendo en cuenta la naturaleza de la falta de conformidad».

la Directiva 2019/770, «sin cargo alguno»– para el consumidor o usuario, por hacer recaer sobre el mismo «los gastos necesarios en que se incurra para que los bienes sean puestos en conformidad, especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales» (*cfr.* art. 12.2 PDCD, que omitía cualquier referencia a la gratuidad de la puesta en conformidad); o (iii) la puesta en conformidad no se ha realizado sin causar mayores inconvenientes al consumidor o usuario, habida cuenta de la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales y de la finalidad que tengan para el consumidor o usuario (en un mismo sentido, art. 12.3 c) PDCD)[44].

Ni la Directiva 2019/770 ni el TRLGDCU se pronuncian acerca de si el consumidor o usuario puede ser privado de su derecho a resolver cuando, una vez transcurrido el plazo razonable desde la notificación de la falta de conformidad sin que el empresario haya puesto el contenido o servicio digital en conformidad, el empresario ofrece al consumidor la puesta conformidad[45], o si dicho derecho a resolver se extingue cuando el empresario ha puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad, pero causando al consumidor o usuario mayores inconvenientes[46].

3. APARICIÓN DE UNA FALTA DE CONFORMIDAD TRAS EL INTENTO DE PONER EN CONFORMIDAD

El consumidor o usuario puede exigir la resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales cuando aparece cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad [art. 119 d) TRLGDCU; con una redacción distinta, art. 14.4 c) Directiva 2019/770[47] y, en el Derecho catalán, art. 621-76.1 en relación con el art. 621-40.1 b) CCCat; *cfr.* art. 12.3 PDCD, que no contemplaba esta causa de resolución del contrato].

El legislador español se ha apartado del texto de la Directiva 2019/770 a la hora de llevar a cabo la transposición del artículo 14.4 c) y ha genera-

44. Para un análisis pormenorizado de estos requisitos de las medidas correctoras para la puesta en conformidad, *vid.* el Capítulo 6 de esta obra.

45. En contra de la privación del derecho a resolver, GSELL, B., ob. cit., p. 259.

46. Para GSELL, B., ob. cit., p. 259, el consumidor o usuario solo debería tener derecho a resolver cuando los inconvenientes sean duraderos y afecten a la confianza en el empresario.

47. Cuando el contrato tiene por objeto la adquisición de bienes, *vid.* el artículo 13.4 b) de la Directiva 2019/771.

do dudas interpretativas entre nosotros acerca del supuesto de hecho que permite que el consumidor o usuario pueda acudir al remedio resolutorio. En efecto, la Directiva europea dice literalmente que el consumidor o usuario puede exigir la resolución del contrato cuando «subsiste» la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner en conformidad. Un término sinónimo utiliza el art**ículo** 621-76.1 CCCat en relación con el art**ículo** 621-40.1 b) CCCat cuando indica que el consumidor o usuario puede exigir la resolución si, tras la puesta en conformidad, «persiste» la falta de conformidad. En cambio, el TRLGDCU se ha decantado por un término con un significado distinto al afirmar que el consumidor o usuario puede exigir la resolución del contrato cuando «aparezca» cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad.

El verbo *subsistir* se define en el Diccionario de la Real Academia española (primera acepción) como «dicho de una cosa: permanecer, durar o conservarse». Una interpretación literal del artículo 14.4 c) de la Directiva 2019/770 de conformidad con esta definición llevaría a considerar que el consumidor o usuario únicamente puede resolver el contrato cuando se ha identificado una concreta falta de conformidad en *t-2*, el empresario ha intentado poner los servicios o contenidos digitales en conformidad en *t-1*, pero esa misma falta de conformidad se ha mantenido en *t* tras el intento de puesta en conformidad. De acuerdo con esta interpretación, si la falta de conformidad que apareciera en *t* fuera distinta, deber**ía** exigirse de nuevo su puesta en conformidad. A pesar de lo anterior, un sector de la doctrina defiende una interpretación amplia del artículo 14.4 c) de la Directiva 2019/770, que también permita resolver el contrato cuando, tras el intento del empresario de corregir la falta de conformidad inicialmente informada por el consumidor o usuario, aparezca una falta de conformidad distinta[48]. Un argumento a favor de esta segunda interpretación lo encontramos en la

48. En este sentido, GSELL, B., ob. cit., p. 260. El autor pone el ejemplo de un empresario que proporciona una actualización para subsanar la falta de conformidad de una característica A y, posteriormente, aparece una falta de conformidad que afecta a la característica B. Partiendo de este ejemplo, considera que el consumidor o usuario puede invocar el art. 14.4 c) Directiva 2019/770 para resolver el contrato tanto si es posible demostrar que esa falta de conformidad ya existía en el momento del suministro inicial como si deriva de una actualización defectuosa posterior. Para justificar su opinión, acude al artículo 11.2 de la Directiva 2019/770, que establece la responsabilidad del empresario por cualquier falta de conformidad que exista en el «momento del suministro», una expresión que también cubre el momento del suministro de actualizaciones para subsanar eventuales faltas de conformidad.

versión en inglés del artículo 14.4 c) de la Directiva 2019/770, en el que se utiliza el verbo *aparecer* –como el TRLGDCU– en lugar de *subsistir* («*a lack of conformity appears despite the trader's attempt to bring the digital content or digital service into conformity*»). Es, pues, posible que las diferencias terminológicas que se observan entre la norma europea y la española obedezcan simplemente a un error de traducción de la Directiva.

Por su parte, el verbo *aparecer* se define en el Diccionario de la Real Academia española (tercera acepción) como «cobrar existencia o darse a conocer por primera vez». De nuevo, una interpretación del artículo 119 d) TRLGDCU conforme a esta definición –y teniendo en cuenta, además, la indeterminación que se desprende del término «cualquier» **que** utiliza el legislador español al referirse a la falta de conformidad y el error de traducción de la Directiva anteriormente mencionado– permitiría afirmar que el consumidor o usuario puede resolver el contrato en dos supuestos distintos: (i) cuando ha identificado una concreta falta de conformidad en *t-2*, el empresario ha intentado poner los servicios o contenidos digitales en conformidad en *t-1*, pero, tras dicho intento de puesta en conformidad, ha subsistido en *t* la misma falta de conformidad, esto es, la falta de conformidad que dio lugar a la intervención del empresario en *t-1*; y (ii) cuando ha identificado una concreta falta de conformidad en *t-2*, el empresario ha intentado poner los servicios o contenidos digitales en conformidad en *t-1*, y, con posterioridad a ese intento de puesta en conformidad, ha aparecido una nueva una falta de conformidad, distinta a la que se identificó en *t-2* y exigió la intervención del empresario en *t-1*[49].

4. FALTA DE CONFORMIDAD GRAVE

El consumidor o usuario puede exigir la resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales inmediatamente –esto es, sin tener que acudir previamente al remedio primario de la puesta en con-

49. En este sentido, SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de a Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret*, N.º 4, 2021, pp. 1-87, p. 68. Parecen decantarse por una interpretación restrictiva de esta causa de resolución, que únicamente faculte al consumidor o usuario a resolver del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales cuando la falta de conformidad previa y posterior al intento de puesta en conformidad por parte del empresario sea la misma, FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, N.º 4, 2021, pp. 161-226, p. 202; LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1740.

formidad– cuando la falta de conformidad es de tal gravedad que justifica la resolución del contrato [art. 14.4 d) Directiva 2019/770[50] y art. 119 e) TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-76.1 en relación con el art. 621-40.1 c) CCCat, que establece que el adquirente del contenido o servicio digital puede exigir la resolución del contrato cuando «[l]a falta de conformidad es tan grave que justifica directamente la opción de exigir (…) la resolución del contrato; *cfr.* PDCD, que no contemplaba esta causa de resolución del contrato)».

La necesidad de que el incumplimiento sea esencial, grave o importante para poder acudir al remedio resolutorio no es extraña entre nosotros[51]. El art. 1124 CC permite resolver el contrato cuando «uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». Sin embargo, tanto la doctrina española[52] como la jurisprudencia del Tribunal Supremo[53] sostienen desde hace tiempo que únicamente tiene la consideración de incumplimiento resolutorio aquél que, por su gravedad, esencialidad o importancia, priva al acreedor de la

50. Cuando el contrato tiene por objeto la adquisición de bienes, *vid.* el artículo 13.4 c) de la Directiva 2019/771.

51. Para GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., ob. cit., pp. 1124-1125, la eficiencia del requisito de la esencialidad del incumplimiento debe valorarse «teniendo en cuenta las características del contrato y, en particular, la posibilidad de llevar a cabo su cumplimiento en fases o etapas, la posibilidad de renegociar sus términos ex post, la secuencia de comportamientos de las partes, la existencia y naturaleza de las inversiones específicas, y la existencia y cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios que puedan acompañar a la resolución».

52. *Vid.*, entre otros, MONTÉS PENADÉS, V. L., «Artículo 1124», en ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DÍAZ ALABART, S. (Dirs.), *Comentarios al Código civil*, Tomo XV, Vol. 1.º, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid, 2004 (disponible en VLex); SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Cívitas, Madrid, 2005; GÓMEZ POMAR, F., ob. cit., pp. 30 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, ob. cit., pp. 810 y ss.; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, ob. cit., Parte IV, Cap. 22; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, 4.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2013 (disponible en Aranzadi Proview).

53. Entre otras muchas, pueden destacarse las SSTS, 1.ª, 26.9.1994 (RJ 1994, 7024), 23.1.1996 (RJ 1996, 639), 11.4.2003 (RJ 2003, 3017), 15.7.2003 (RJ 2003, 4636), 14.6.2011 (RJ 2011, 4530), 21.3.2012 (RJ 2012, 5128), 21.10.2013 (RJ 2013, 7064 y RJ 2014, 429), 25.10.2013 (RJ 2013, 7257), 28.10.2013 (RJ 2013, 8330 y RJ 2013, 8331), 30.10.2013 (RJ 2013, 7070), 31.11.2013 (RJ 2013, 7072), 6.11.2013 (RJ 2013, 7077 y RJ 2013, 7076), 7.11.2013 (RJ 2013, 7080 y RJ 2013, 7079), 14.11.2013 (RJ 2013, 7300), 1.4.2014 (RJ 2014, 2155) y 10.5.2019 (RJ 2019, 1922).

finalidad que podía legítimamente esperar del contrato. Por regla general, los tribunales españoles no admiten la resolución cuando el incumplimiento del deudor consiste en un mero retraso en el cumplimiento[54], cuando el deudor realiza un incumplimiento que haya de calificarse de tan solo parcial[55], o cuando este incumplimiento recae sobre una obligación incidental o accesoria[56].

Los regímenes internacionales y las propuestas para la modernización del Derecho europeo y español de contratos más recientes también se han hecho eco del requisito de la esencialidad del incumplimiento [*vid.* los arts. 25[57], 49.1 a) y 51.2 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (en adelante, CV); arts. 87.2, 114.1 y 134 CESL[58], arts. 8:103 y 9:103 (1) PECL, art. III.–3:502 DCFR[59], art. 1199 PMCC 2009, art. 518-13 PCC de 2018 y art. 1181.1 PMCC 2023] y de la imposibilidad de resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea leve, sin trascendencia suficiente, insignificante o de escasa importancia [art. IV.A.–4:201 DCFR, art. 114.2 y 155.4 CESL, art. 1486 PMCC 2009 y art. 541-10 PCC 2018]. En el Derecho catalán, el artículo 621-42-1 CCCat permite que las partes puedan resolver el contrato «si el incumplimiento de la otra parte es esencial. Se entiende que el incumplimiento es esencial si priva sustancialmente la otra

54. Entre otras, SSTS, 1.ª, 27.9.2012 (RJ 2012, 9020), 3.6.2013 (RJ 2013, 4965), 31.10.2013 (RJ 2013, 7259), 24.1.2014 (RJ 2014, 671) y 30.12.2015 (RJ 2015, 5748); *cfr.* SSTS, 1.ª, 17.1.2014 (RJ 2014, 1266), 6.2.2014 (RJ 2014, 836), 25.4.2018 (RJ 2018, 1687), que elevan el retraso a la categoría de incumplimiento esencial.

55. Entre otras, SSTS, 1.ª, 17.1.2000 (RJ 2000, 67), 26.11.2007 (RJ 2008, 28) y 24.4.2012 (RJ 2012, 5134).

56. Entre otras, SSTS, 1.ª, 29.4.2003 (RJ 2003, 3536), 12.11.2004 (RJ 2004, 6902), 5.9.2012 (RJ 2012, 10116) y 1.10.2012 (RJ 2012, 9024).

57. Sobre la noción de incumplimiento en la CV, *vid.* LUBBE, G., «Fundamental Breach under the CISG», *Rabels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht,* Vol. 68, N.º 3, 2004, pp. 444-472; BRUNNER, CH. Y GOTTLIEB, B. (Eds.), *Commentary on the UN Sales Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2019.

58. Sobre la noción de incumplimiento en el CESL, *vid.* por todos SCHULZE, R., *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Ch. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012.

59. Sobre la noción de incumplimiento esencial en las propuestas europeas, LEISINGER, B. K., *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*, Sellier European Law, München, 2007; GRUNDMANN, S., «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law,* Vol. 2, 2007, pp. 121-149, pp. 138 y ss.; VON BAR, CH. Y CLIVE, E. (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, Sellier, Munich, 2009, pp. 229 y ss.

parte de aquello a que tenía derecho según el contrato». Y el artículo 621-41 CCCat niega la facultad del adquirente de resolver el contrato «si la falta de conformidad es leve».

Con anterioridad a la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, en los contratos celebrados entre empresarios y consumidores también cabía la resolución *ex art*. 1124 CC o, tratándose de una compraventa mobiliaria de consumo, si concurrían los presupuestos de aplicación del antiguo artículo 121 TRLGDCU. Este precepto permitía acudir al remedio resolutorio en los casos de falta de conformidad si concurrían dos requisitos: (i) no era posible la reparación o sustitución de los bienes no conformes con el contrato, éstas no se habían llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y, además (ii) la falta de conformidad no era de escasa importancia[60]. De acuerdo con lo anterior, el consumidor no podía acudir directamente al remedio resolutorio cuando el incumplimiento del empresario fuera grave, sino que éste debía exigir con carácter previo la subsanación de la falta de conformidad.

Tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2021 se ha equiparado el Derecho general de obligaciones y contratos y la regulación general de los contratos con consumidores y usuarios del TRLGDCU, pues ambos permiten acudir inmediatamente al remedio resolutorio cuando se produce un incumplimiento grave, esencial o importante.

Sin embargo, ni la Directiva 2019/770 ni el artículo 119 TRLGDCU definen o proporcionan criterios que permitan determinar cuándo una falta de conformidad es grave[61]. El Considerando 65 de la Directiva 2019/770 se limita a afirmar que «[e]n determinadas situaciones, está justificado

60. Durante la vigencia del antiguo artículo 121 TRLGDCU, uno de los principales problemas que apuntaba la doctrina era la imposibilidad de determinar cuándo una falta de conformidad era «de escasa importancia»: FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII, Fasc. I, 2009, pp. 157-280; MARÍN LÓPEZ, M. J., ob. cit., pp. 1767-1768, para quien la importancia de la falta de conformidad debe valorarse a partir de criterios objetivos o de mercado, pero también subjetivos; FUENTESCA DEGENEFFE, C., «Garantías en la venta de productos de consumo y servicios postventa», en DÍAZ ALABART, S. (Coord.), *Manual de Derecho de consumo*, Reus, Madrid, 2016, pp. 115-135, p. 124.

61. Critica esta decisión de los legisladores europeo y español FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», ob. cit., p. 202.

que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente, por ejemplo (…) cuando no quepa esperar que el consumidor mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad»[62]. Esta **pérdida de confianza en la capacidad del empresario de** poner los contenidos o servicios digitales en conformidad puede manifestarse de varias formas. La pérdida de confianza puede producirse como consecuencia de una falta de conformidad que prive sustancialmente al consumidor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. El propio Considerando 65 de la Directiva 2019/770 pone un ejemplo de esta primera situación de pérdida de confianza cuando indica que el consumidor debe tener derecho a pedir directamente la resolución del contrato cuando se le suministre un programa (*software*) antivirus que esté infectado con un virus[63]. La pérdida de confianza también puede producirse como consecuencia de una falta

62. La referencia a esta pérdida de confianza en el cumplimiento recuerda en cierto modo a la definición de incumplimiento esencial que recogen los artículos 8:103 PECL, III.–3:502 (2) DCFR y 87 CESL.
Según el artículo 8:103: «El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte».
Por su parte, el artículo III.–3:502 (2) DCFR señala que: «Un incumplimiento de una obligación contractual es esencial si: (a) priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, referido a la totalidad o a una parte significativa del cumplimiento, salvo que en el momento de la celebración del contrato el deudor no previera ni se puede esperar razonablemente que hubiera previsto este resultado; o (b) es deliberado o imprudente y da al acreedor motivos para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor».
En términos similares, según el artículo 87.2 CELS, el incumplimiento de una obligación es esencial si «(a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora».

63. En relación con las compraventas de bienes, la Directiva 2019/771 pone el ejemplo de una falta de conformidad que afecte gravemente a la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes y no quepa esperar que el consumidor confíe en que la reparación o sustitución efectuadas por el vendedor resuelva el problema.

de conformidad deliberada o imprudente que genera en el consumidor desconfianza en el futuro cumplimiento del empresario. GSELL considera conductas censurables, por ejemplo, la ocultación deliberada al consumidor de defectos en los contenidos o servicios digitales suministrados susceptibles de causar daños y el acceso no autorizado por el empresario, a través de determinados medios técnicos, a los contenidos o servicios digitales suministrados al consumidor[64]. Finalmente, también es posible que el propio consumidor, en el momento de la celebración del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, haya manifestado que la conformidad con el contrato de una determinada característica es de especial importancia para él, señalizando de este modo que los extremos declarados no pueden ser considerados inesenciales.

5. NO PUESTA EN CONFORMIDAD ANTICIPADA O PREVISIBLE

Finalmente, el consumidor o usuario puede exigir inmediatamente la resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales cuando «esté claro» que el empresario no subsanará la falta de conformidad (Considerando 65 de la Directiva 2019/770) y, en particular, cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes o contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario [arts. 14.4 e) Directiva 2019/770[65] y 119 f) TRLGDCU; en términos similares, art. 12.3 d) de la PDCD[66]. En el Derecho catalán, *cfr.* art. 621-76.1 en relación con el art. 621-40.1 a), que únicamente indica que es posible resolver el contrato cuando el empresario «se ha negado» a la puesta en conformidad]. Para poder acudir al remedio resolutorio es, pues, necesario (i) que el empresario haya emitido una declaración seria de que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable, sin coste alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor; o (ii) que concurran circunstancias suficientes que permitan entender, desde la perspectiva de un observador razonable, que el empresario no pondrá los contenidos o servicios digita-

64. GSELL, B., ob. cit., p. 261.

65. Cuando el contrato tiene por objeto la adquisición de bienes, *vid.* el artículo 13.4 d) de la Directiva 2019/771.

66. Algunas críticas a esta causa de resolución en la PDCD pueden verse en CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», ob. cit., pp. 52-53.

les en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor.

Esta causa de resolución evoca en nuestro Derecho a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que, al interpretar el artículo 1124 CC, estableció que era posible resolver el contrato cuando existía en el deudor una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento»[67] o «una conducta obstativa al cumplimiento del contrato»[68], que ha sido sustituida con el tiempo por la más moderna doctrina jurisprudencial que exige que el incumplimiento se produzca «frustrando las legítimas expectativas de la otra parte» a la que se priva de alcanzar el fin económico perseguido por el vínculo negocial[69].

Asimismo, parece inspirarse en las normas reguladoras del incumplimiento previsible o anticipado (en los países del *Common Law*, *anticipatory breach* o *anticipatory repudiation*), que facultan a una de las partes a resolver el contrato, aunque no se haya producido todavía el incumplimiento, cuando es posible deducir que la otra parte incumplirá[70] [*vid.* arts. 72 CV, art. 9:304 PECL, art. III.–3:504 DCFR, arts. 116 y 136 CESL, art. 1200 PMCC 2009, art. 518-14.2 PCC 2018 y art. 1181.3 PMCC 2023]. Con todo, el ejercicio del derecho a resolver el contrato en estos casos suele estar sujeto a diferentes tipos de restricciones. Algunos textos solo permiten resolver si el incumplimiento futuro constituirá un incumplimiento esencial del contrato (art. 72 CV, art. 9:304 PECL, art. III.–3:504 DCFR, art. 136 CESL, art. 1200 PMCC 2009, art. 518-14.2 PCC 2018 y art. 1181.3 PMCC 2023) o si dicho incumplimiento futuro será de tal naturaleza que justifique la resolución del contrato (arts. 116 CESL).

---

67. Entre otras, SSTS, 1.ª, 5.6.1989 (RJ 1989, 4298), 26.5.1992 (RJ 1992, 4385), 11.3.1991 (RJ 1991, 2206), 22.3.1991 (RJ 1991, 2427), 28.9.2000 (RJ 2000, 7533).

68. Entre otras, SSTS, 1.ª, 18.3.1991 (RJ 1991, 2265), 4.3.1992 (RJ 1992, 2157), 23.4.1992 (RJ 1992, 3321), 24.2.1993 (RJ 1993, 1250), 19.10.1993 (RJ 1993, 7746), 15.6.1995 (RJ 1995, 4858), 3.7.1997 (RJ 1997, 5479).

69. Entre otras, SSTS, 1.ª, 23.4.1992 (RJ 1992, 3321), 22.12.1993 (RJ 1993, 10106), 17.5.1994 (RJ 1994, 4088), 23.3.1996 (RJ 1996, 2586), 24.10.1998 (RJ 1998, 8234), 22.2.1999 (RJ 1999, 1058), 21.11.2000 (RJ 2000, 9348) y 26.4.2018 (RJ 2018, 2192).

70. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* las SSTS, 1.ª, 30.3.2010 (RJ 2010, 2538) y 5.2.2014 (RJ 2014, 1061). En la doctrina, entre otros, GARCÍA PÉREZ, R., «El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, N.º 7, 2012, pp. 37-74; NAVARRO CASTRO, M., «La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. Y GARCÍA PÉREZ, C. L. (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 95-118.

IV. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES QUE AFECTA NEGATIVAMENTE A SU ACCESO O USO

Como consecuencia de la rápida evolución de la tecnología, el empresario puede verse en la necesidad de realizar actualizaciones (*updates*) o de introducir mejoras (*upgrades*) o modificaciones similares en los contenidos o servicios digitales suministrados durante un período de tiempo o cuyo acceso por parte del consumidor o usuario deba garantizarse durante un período de tiempo. Nos referimos, pues, a modificaciones que no afectan a la vigencia del contrato de suministro celebrado o, como señala el Considerando 75 de la Directiva 2019/770, que no comportan la celebración de un nuevo contrato para el suministro de los contenidos o servicios digitales, por ejemplo, como consecuencia de la distribución de una nueva versión de los contenidos o servicios digitales.

La facultad del empresario de llevar a cabo unilateralmente tales modificaciones se encuentra regulada en el artículo 19 de la Directiva 2019/770[71] y en los artículos 126 y 126 bis TRGDCU (en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-70 CCCat)[72], que se inspiran –aunque presentan diferencias notables– en la regulación que la PDCD realizó en su día de esta cuestión (*vid.* Considerando 45 y art. 15 PDCD). El Considerando 74 de la Directiva 2019/770 justifica esta facultad del empresario en el hecho de que «dichas actualizaciones, mejoras o modificaciones similares pueden resultar necesarias y suelen ser ventajosas para el consumidor».

---

71. Para un análisis del régimen de la Directiva 2019/770 sobre modificación de los contenidos y servicios digitales, *vid.* WENDLAND, M., «Art. 19. Modification of the digital content or digital service», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary,* Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 316-321; FARINHA, M., «Modifications on the Digital Content or Digital Service by the Trader in the Directive (EU) 2019/770», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 25, N.º 2, 2021 (disponible en SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3868910*).
Sobre la regulación del TRLGDCU, *vid.*, por todos, LETE ACHIRICA, J., «Art. 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1826-1830; LETE ACHIRICA, J., «Art. 126 bis. Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1831-1834.

72. Una regulación de este tipo no se ha contemplado, en cambio, en la Directiva 2019/771.

Las modificaciones en los contenidos o servicios digitales que lleve a cabo el empresario pueden ser de tres tipos: en primer lugar, modificaciones que forman parte del compromiso contractual, como las actualizaciones de los contenidos o servicios digitales, pues, como se ha analizado en el Capítulo 4 de esta obra, la conformidad de los contenidos o servicios digitales se evalúa, entre otros requisitos subjetivos de conformidad, en función de si estos están actualizados de la forma en que se haya estipulado en el contrato (art. 7 d) de la Directiva 2019/770 y art. 115 bis.d) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-71 en relación con el art. 621-20.1 d) CCCat). Por consiguiente, la falta de suministro de las actualizaciones que se hayan acordado en el contrato, así como las actualizaciones defectuosas o incompletas, pueden ser consideradas una falta de conformidad.

En segundo lugar, el empresario puede llevar a cabo modificaciones para mantener los requisitos objetivos de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Desde este punto de vista, el empresario debe velar por que se comuniquen y suministren al consumidor o usuario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad (*vid.* arts. 8.2 y 3 de la Directiva 2019/770 y arts. 115 ter.2 y 3 TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-71 en relación con el art. 621-20.6 CCCat).

Finalmente, el empresario también puede llevar a cabo modificaciones en los contenidos o servicios digitales, si se cumplen los requisitos establecidos legalmente, que vayan más allá de lo necesario para mantener la conformidad[73] (*cfr.* art. 15 PDCD, que establecía que el empresario únicamente podía modificar «su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad»). Estamos ante lo que algunos autores han denominado casos de «no conformidad permitida», en los que se permite que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, a pesar de que ello suponga incumplir el requisito de conformidad con el contrato, si tales modificaciones son ventajosas para los consumidores o usuarios[74].

---

73. ARNAU RAVENTÓS, L. Y GRAMUNT FOMBUENA, M., «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *InDret*, N.º 1, 2022, pp. 171-205, p. 202, señalan que, por razones de claridad, convendría que el texto legal incorporara expresamente la mención a que se trata de modificaciones que no son necesarias para mantener los elementos digitales conformes con el contrato.

74. WENDLAND, M., ob. cit., pp. 318-319.

1. MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES: REQUISITOS

Las normas reguladoras de la modificación de los contenidos o servicios digitales no resultan de aplicación a los contratos que establecen un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro, sino únicamente a los contratos de ejecución continuada. Por consiguiente, pueden modificarse aquellos contratos en los que el suministro de los contenidos o servicios digitales, o el acceso a estos por parte del consumidor o usuario, se debe garantizar durante un período de tiempo determinado (arts. 19.1 de la Directiva 2019/770 y 126 TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-70.1 CCCat). Resulta indiferente si el consumidor o usuario ha accedido a los contenidos o servicios digitales pagando dinero y/o facilitando datos personales (*cfr.* art. 14.6 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.2 TRLGDCU, para los casos de falta de conformidad).

Partiendo de lo anterior, para que el empresario pueda modificar los contenidos o servicios digitales, sin que ello afecte a la vigencia del contrato de suministro ni suponga un incumplimiento del mismo por falta de conformidad, es necesario que concurran, cumulativamente, tres requisitos. En primer lugar, el contrato de suministro ha de prever –t**ípicamente en sus condiciones generales de la contratació**n– la posibilidad de que el empresario lleve a cabo modificaciones y, además, ha de proporcionar una razón válida para realizarlas[75] [arts. 19.1 a) de la Directiva 2019/770 y 126 a) TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-70.1 a) CCCat, que sustituye la expresión «razón válida» por «causas justificadas»; *cfr.* art. 15.1 a) PDCD, que **únicamente exigía** que «el contrato así lo estipul[e]»]. El Considerando 75 de la Directiva 2019/770 indica que tales motivos válidos pueden comprender «casos en los que la modificación sea necesaria para adaptar los contenidos o servicios digitales a un nuevo entorno técnico o a un mayor número de usuarios, o se justifique por otras razones operativas importantes»[76].

---

75. Señala LETE ACHIRICA, J., *Art. 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales*, ob. cit., p. 1828, que, de lo contrario, podría tratarse de una cláusula como la del artículo 85.3 TRLGDCU, que considera abusivas las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato.

76. Para WENDLAND, M., ob. cit. p. 319, la rapidez con que se actualizan o mejoran los contenidos o servicios digitales lleva a pensar que todos o la mayoría de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales cumplirán este requisito.

En segundo lugar, la modificación de los contenidos o servicios digitales se debe realizar sin costes adicionales para el consumidor o usuario [arts. 19.1 b) de la Directiva 2019/770 y 126 b) TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-70.1 b) CCCat; *cfr.* art. 15.1 PDCD, que no contemplaba este requisito]. Si la modificación implica costes adiciones y el consumidor o usuario no está dispuesto a asumirlos, podrá resolver el contrato *ex art***ículos 19.4 de la Directiva 2019/770 y 126 bis.4 TRLGDCU (en el Derecho catalán, art. 621-**70.3 CCCat).

Finalmente, el consumidor o usuario debe ser informado de forma clara y comprensible acerca de la modificación que se pretende llevar a cabo [arts. 19.1 c) de la Directiva 2019/770 y 126 c) TRLGDCU; en el Derecho catalán, *cfr.* art. 621-70.1 c) CCCat, que añade el requisito de informar «con una antelación razonable», a pesar de que dicho requisito solo se contempla en la Directiva y el TRLGDCU para los casos en que sea posible acudir al remedio resolutorio; *cfr.*, asimismo, art. 15.1 b) PDCD, que exigía que se informara «con una antelación razonable a través de un medio explícito de notificación en un soporte duradero»]. El requisito de la claridad y comprensibilidad de la información facilitada al consumidor o usuario viene a reiterar los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación que prevén en nuestro Derecho los artículos 80.1 TRLGDCU y 5.5 de la Ley **7/1998, de 13 de abril, sobre** condiciones generales de la contratación[77].

Si se cumplen estos requisitos, el empresario podrá proceder a la modificación de los contenidos o servicios digitales «más allá de lo necesario para mantener la conformidad», aunque con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Directiva 2019/770 y 115 bis y 115 ter TRLGDCU, reguladores de los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad, y naturalmente a lo que se haya previsto en el contrato en relación con la modificación de los contenidos o servicios digitales suministrados. Si, por el contrario, los requisitos que permiten la modificación del contrato no se cumplen y la modificación da lugar a una falta de conformidad, el consumidor o usuario podrá exigir la puesta de los contenidos o servicios digitales en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. Asimismo, cuando tras una modificación se produzca una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que no sea el resultado de dicha modificación, el consumidor seguirá teniendo derecho a exigir las medidas correctoras por falta de conformidad.

77. Ley **7/1998, de 13 de abril, sobre** condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998).

2. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES: REQUISITOS Y EFECTOS

Cuando la modificación de los contenidos o servicios digitales afecta negativamente y de manera importante al acceso a o al uso de los mismos, el consumidor o usuario tiene derecho a resolver el contrato (arts. 19.2 de la Directiva 2019/770 y 126 bis TRLGDCU). En estos casos, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 19.1 a) y b) de la Directiva 2019/770 y 126 a) y b) TRLGDCU, analizados *supra* en el subapartado 1 para poder proceder a la modificación de los contenidos y servicios digitales, el empresario también debe informar al consumidor o usuario, con una antelación razonable[78] y en un soporte duradero[79], de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato, o de la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación [arts. 19.1 d) de la Directiva 2019/770 y 126 d) TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-70.1 c) CCCat].

El efecto negativo derivado de la modificación no puede ser mínimo o de menor importancia, en la terminología utilizada por la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU, respectivamente, sino que debe impedir que el consumidor o usuario acceda a o use los contenidos o servicios digitales [arts. 19.2 de la Directiva 2019/770 y 126 bis.1 TRLGDCU; en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-70.2 CCCat, que sustituye la expresión «mínimo» o «de menor importancia» por «leve»; *cfr.* art. 15 PDCD, que no exigía que la afectación negativa fuera importante para poder resolver el contrato]. El Considerando 75 de la Directiva 2019/770 proporciona algunos criterios para valorar ese afecto negativo: «[d]ebe valorarse de forma objetiva en qué medida las modificaciones afectan al uso de los contenidos o servicios digitales o a su acceso por parte del consumidor, teniéndose en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales y la calidad, funcionalidad, compatibilidad y otras características principales que sean normales en los contenidos o servicios digitales del mismo tipo»[80].

---

78. Sobre el requisito de la «antelación razonable», *vid. supra* el Considerando 46 de la Directiva 2019/770.

79. Sobre el concepto de «soporte duradero», *vid.* nota al pie 15.

80. Para WENDLAND, M., ob. cit., p. 320, una modificación que podría afectar negativamente al acceso a o uso de los contenidos o servicios digitales podría consistir en tener que cumplir con requisitos de *hardware* adicionales como consecuencia de la implementación de una mejora, en la imposibilidad de usar el contenido o servicio digital como consecuencia de una actualización defectuosa o en la necesidad de que el

Si concurren los requisitos anteriormente mencionados, el consumidor o usuario podrá acudir al remedio resolutorio sin cargo alguno en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la información –aunque no se dice expresamente, se refiere a la información de las características y el momento de la modificación y del derecho a resolver el contrato, o de la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación que prevén los artículos 19.1 d) de la Directiva 2019/770 y 126 d) TRLGDCU (*cfr.* art. 621-70.2 CCCat, que contiene una remisión a la letra c) del art. 621-70.1 CCCat)– o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurre de forma posterior[81] [arts. 19.2 de la Directiva 2019/770 y 126 bis.2 TRLGDCU].

El ejercicio del derecho a resolver se regirá en todo caso por las normas reguladoras de la resolución del contrato por falta de conformidad, esto es, los artículos 15 a 18 de la Directiva 2019/770 y 119 ter y 119 *quáter* TRLGDCU [arts. 19.3 de la Directiva 2019/770 y 126 bis.3 TRLGDCU), para cuyo análisis nos remitimos a los apartados V y VI de este Capítulo.

3. EXCEPCIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR O USUARIO A RESOLVER EL CONTRATO POR MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

El consumidor o usuario pierde su derecho a resolver el contrato de suministro si, antes de proceder a la modificación de los contenidos o servicios digitales que siguen siendo conformes con el contrato, el empresario le ofrece la posibilidad de mantener el acceso a tales contenidos o servicios digitales (i) sin costes adicionales (ii) sin la modificación y (iii) de conformidad (arts.

---

consumidor o usuario deba proporcionar información personal adicional para poder usar el contenido o servicio digital. BARCELÓ, R. Y RUBIO, G., ob. cit., p. 24, ponen el ejemplo de la aplicación para teléfono inteligente que el consumidor compra con un teléfono que tiene un sistema operativo determinado y que deja de funcionar en dicho sistema operativo porque la actualización de la aplicación únicamente funciona con un teléfono de versión posterior.

81. Para Ferrer Guardiola, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», ob. cit., p. 208, cuando el momento de la recepción de la información y el de la modificación de los contenidos o servicios digitales no coinciden, el plazo de treinta días debería calcularse a partir del momento en que el consumidor haya sido notificado fehacientemente de que se ha procedido a la modificación, a pesar de que el régimen jurídico previsto en la Directiva y el TRLGDCU no contemplan la realización de dicha notificación por parte del empresario.

19.4 de la Directiva 2019/770 y 126 bis.4 TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-70.3 CCCat).

Nótese que se trata de una facultad unilateral del empresario. Como señala el Considerando 77 de la Directiva 2019/770, «[d]e forma alternativa, el empresario puede decidir permitir que el consumidor mantenga el acceso a los contenidos o servicios digitales sin costes adicionales, sin la modificación y de conformidad, en cuyo caso el consumidor no debe tener derecho a resolver el contrato». El consumidor o usuario no puede proponer al empresario el mantenimiento de los contenidos o servicios digitales conformes sin la modificación. Y tampoco parece que pueda rechazar el ofrecimiento del empresario y optar, en su lugar, por la resolución del contrato si concurren los requisitos previstos en los artículos 19 de la Directiva 2019/770 y 126 y 126 bis TRLGDCU para poder acudir a ese remedio.

En todo caso, si los contenidos o servicios digitales que el empresario ha permitido mantener al consumidor o usuario sin la modificación ya no cumplen los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad con el contrato, el consumidor podrá recurrir a las medidas correctoras –esto es, la puesta en conformidad, la reducción proporcional del precio o la resolución del contrato – por falta de conformidad (Considerando 77 de la Directiva 2019/770).

V. EL FUNCIONAMIENTO DEL REMEDIO RESOLUTORIO POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/770 Y EL TRLGDCU (I): PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA

En las páginas siguientes se describirá y analizará el régimen jurídico del remedio resolutorio previsto en los artículos 15 a 18 de la Directiva 2019/770 y en los artículos 119 ter y 119 *quáter* TRLGDCU. En nuestro Derecho, este régimen jurídico se encuentra ubicado en el Capítulo II (*Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario*) del Título IV (*Garantías y servicios posventa*) del Libro II (*Contratos y garantías*) TRLGDCU, donde la resolución del contrato se configura, como ya se ha dicho, como un remedio secundario o subsidiario –respecto de la puesta en conformidad– y alternativo –respecto de la reducción proporcional del precio– que tiene a su disposición el consumidor o usuario en los casos de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato. Aunque el análisis de los presupuestos y efectos del ejercicio del remedio resolutorio partirá de los casos de falta de conformidad, dicho régimen será también de aplicación, cuando concurran los requisitos establecidos legalmente, a los casos de falta de suministro de

los contenidos o servicios digitales (arts. 13.3 de la Directiva 2019/770 y 66 bis.4 TRLGDCU) y de modificación de los contenidos o servicios digitales que afecte negativamente al acceso a o al uso de los mismos (arts. 19.3 de la Directiva 2019/770 y 126 bis.3 TRLGDCU).

1. DECLARACIÓN DEL CONSUMIDOR O USUARIO MANIFESTANDO SU VOLUNTAD DE RESOLVER EL CONTRATO

Con carácter general, ni la Directiva 2019/770 ni el TRLGDCU establecen especiales requisitos de forma para que el consumidor o usuario pueda ejercitar eficazmente su derecho a resolver el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales cuando concurra una falta de conformidad que permita acudir –subsidiaria o inmediatamente (*vid. supra* apartado III de este Capítulo)– a este remedio. El artículo 15 de la Directiva 2019/770 y el artículo 119 ter.1 TRLGDCU se limitan a establecer que el consumidor o usuario debe realizar una «declaración», entendida como una declaración de voluntad unilateral y recepticia, en la que manifieste al empresario su intención de resolver el contrato.

Esta declaración se configura como una condición cuyo incumplimiento impide que el consumidor o usuario pueda ejercitar eficazmente su derecho a resolver y, por tanto, que entren en juego los efectos del remedio resolutorio previstos en los artículos 16 y siguientes de la Directiva 2019/770 y en el artículo 119 ter TRLGDCU. En consecuencia, el remedio resolutorio en la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU no opera automáticamente *ex lege* por concurrir alguna de las causas que justifican el recurso a este remedio, ni tampoco requiere para su eficacia de la intervención de una autoridad judicial. El legislador europeo y el legislador español han apostado por una resolución extrajudicial mediante la oportuna declaración unilateral del consumidor o usuario, de manera que el juez únicamente intervendrá para declarar, en su caso, que la resolución del contrato ha sido realizada correctamente, en cuyo caso la sentencia no tendrá efectos constitutivos, sino meramente declarativos.

Desde un punto de vista terminológico, la fórmula utilizada por el legislador español se aparta de la adoptada por el legislador europeo. Así, mientras que la Directiva 2019/770 exige que el consumidor realice una «declaración al empresario en la que exprese su decisión de resolver [el contrato]»[82], el TRLGDCU establece que el consumidor o usuario debe rea-

82. Cuando el contrato tiene por objeto la adquisición de bienes, *vid.*, en términos idénticos, el artículo 16.1 de la Directiva 2019/771.

lizar una «declaración expresa» indicando al empresario su voluntad de resolver[83] (en el Derecho catalán, *vid.* art. 621-67.2 en relación con el art. 621-42.4 CCCat, que han optad por sustituir el término «declaración» por el de «notificación»)[84].

La redacción de la ley española difiere también de la del artículo 13.1 PDCD[85] por varios motivos: por un lado, porque la PDCD optó por utilizar el término «notificación» (*by notice* en la versión en inglés de la propuesta de 2015) en lugar de «declaración» (*by means of a statement* en la versión en inglés de la Directiva 2019/770); por otro lado, porque la PDCD permitía que el consumidor o usuario ejercitase su derecho a resolver mediante una notificación «comunicada por cualquier medio» (*given by any means*). La Directiva 2019/770 y el TRLGDCU, por su parte, no concretan los medios a través de los cuales debe emitirse la declaración que contenga la voluntad del consumidor o usuario de resolver.

La terminología utilizada por la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU tampoco sigue la de los artículos 9:303 PECL, II.–3:507 DCFR y 118 CESL. Tanto

---

83. Si bien se trata de instituciones claramente distintas, merece la pena destacar las diferencias entre las formalidades exigidas por los legisladores estatal y europeo para el ejercicio del derecho a resolver y las exigidas para el ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho de desistimiento. En este sentido, el artículo 70 TRLGDCU señala que el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. Y añade que se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento que figura en el Anexo B del TRLGDCU o mediante la devolución de los productos recibidos. *Vid.* un comentario a este precepto en GARCÍA VICENTE, J. R. Y MINERO ALEJANDRE, G., «Artículo 70. Formalidades para el ejercicio del desistimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 990-992.
Por su parte, el artículo 11.1 (b) de la Directiva 2011/83/UE establece que el consumidor debe comunicar al comerciante su decisión de desistir del contrato, ya sea utilizando el modelo de formulario de desistimiento o realizando otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato.

84. *Vid.* un comentario al artículo 621-41 CCCat, anterior a la reforma operada por el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, en ANDERSON, M., «Article 621-41», en EGEA FERNÁNDEZ, J. Y FERRER RIBA, J. (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmisora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 409 y ss.

85. Sobre este precepto, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», ob. cit., pp. 64-65.

el DCFR como el CESL hacen depender el ejercicio del derecho a resolver de una «notificación» al vendedor. Dicha notificación se define en el artículo I.–1:109 DCFR como la comunicación de información o de un acto jurídico y, en el artículo 10 CESL, como la comunicación de cualquier declaración que pretenda surtir efectos jurídicos o transmitir información con una finalidad jurídica. En ambos textos, la comunicación puede realizarse en cualquier forma adecuada a las circunstancias. También se han decantado por la expresión «notificación» las propuestas de modernización del Derecho español de obligaciones y contratos (*vid.* art. 1199 PMCC 2009, art. 518-13.2 PCC 2018 y art. 1182 PMCC 2023). Por su parte, los PECL supeditan el ejercicio efectivo del derecho a resolver a la existencia de una «comunicación» a la otra parte del contrato[86]. Esta comunicación incluye, de conformidad con el artículo 1:303 (6) PECL, promesas, declaraciones, ofertas, aceptaciones, demandas, solicitudes o cualquier otro contenido, que puede hacerse de cualquier forma adecuada a las circunstancias, por escrito o por cualquier otro medio.

Desde el punto de vista de su contenido, la declaración prevista en la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU debe contener la intención inequívoca del consumidor o usuario de resolver el contrato[87], sin que sea necesario que el consumidor utilice una fórmula determinada para manifestar su voluntad de resolver ni que concrete los motivos por los cuales ha tomado la decisión de resolver[88]. Esta es la principal razón por la cual, en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en los que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, la declaración por la cual retire el consentimiento al tratamiento de sus datos personales *ex art*. 7.3 del Reglamento general de protección de datos[89] no pueda equipararse sin más a

86. El traductor al español de los PECL aclara que ha preferido utilizar la expresión «comunicación» porque el término «notificación» sugiere la existencia de un documento.

87. Aunque no se dice expresamente, parece lógico pensar que el consumidor y usuario deberá indicar también aquella información que resulte esencial para que el empresario pueda identificar el contrato que se quiere resolver. En este sentido, TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 15. Exercise of the right of termination», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Academic, 2020, pp. 272-278, p. 274.

88. Para TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 15. Exercise of the right of termination», ob. cit., p. 275, el consumidor o usuario probablemente concretará la forma en que se ha manifestado el incumplimiento.

89. El artículo 7.3 RGPD no establece ningún requisito formal para el ejercicio del derecho a retirar el consentimiento al tratamiento de los datos personales. De acuerdo con dicho precepto, la retirada del consentimiento podrá realizarse en cualquier momento y deberá ser tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

la declaración exigida por los artículos 15 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.1 TRLGDCU. El ejercicio del derecho a retirar el consentimiento al tratamiento de los datos personales no expresa por sí solo el deseo del consumidor o usuario de resolver el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales. Tampoco la existencia de un incumplimiento comporta necesariamente el ejercicio de ese derecho a retirar el consentimiento al tratamiento de los datos personales[90].

Desde un punto de vista formal, el TRLGDCU, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 2019/770, impone al consumidor o usuario que realice una «declaración expresa». En consecuencia, la declaración de voluntad de resolver podrá realizarse con carácter general (i) verbalmente o por escrito; (ii) a través de cualquier medio (telefónicamente, por correo electrónico, por sms o a través de la aplicación, plataforma o web del proveedor, entre otras[91]), sin que sea necesario que el consumidor o usuario utilice el mismo medio a través del cual celebró el contrato de suministro; y (iii) en cualquier soporte, duradero o no duradero. Si opta por un soporte no duradero, recaerá sobre el consumidor o usuario la carga de probar que realizó una declaración que contenía su intención de resolver el contrato.

Ni la Directiva 2019/770 ni el TRLGDCU han establecido un plazo dentro del cual el consumidor o usuario debe ejercitar el derecho a resolver el contrato[92]. Los consumidores o usuarios gozan de este modo de un régimen más favorable si se compara con el previsto en los artículos 9:303 (2) PECL, III.–3:507 y III.–3:508 DCFR, 119.1 CESL –solo para los contratos entre comerciantes, pues el plazo no se aplicaba al comprador consumidor [art. 119.2 (a) CESL]–, 1201 PMCC 2009, 518-15 PCC 2018 y art. 1183 PMCC 2023, en

90. Para TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 15. Exercise of the right of termination», ob. cit., p. 277, es posible que el consumidor o usuario retire el consentimiento al tratamiento de sus datos personales hasta que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, o incluso es posible que retire ese consentimiento en circunstancias en las que no exista una falta de conformidad.
Sobre el carácter incondicional del derecho de retirada del consentimiento previsto en el artículo 7.3 RGPD, *vid.* por todos CARRASCO PERERA, Á., *Resolución del contrato pagado con datos personales como precio*, ob. cit.

91. Entre nosotros, en relación con el régimen de la PDCD, CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», ob. cit., p. 64.
Sobre los requisitos formales de la declaración en la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU, *vid.* por todos TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 15. Exercise of the right of termination», ob. cit. p. 274; LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit. p. 1752.

92. En cambio, sí se prevé un plazo de este tipo para el ejercicio del derecho de desistimiento (art. 71 TRLGDCU).

los que el derecho a resolver debe ejercitarse «en un plazo razonable» desde que se tiene conocimiento, o cabe razonablemente esperar que se tiene, de la falta de conformidad[93].

Finalmente, ni el artículo 15 de la Directiva 2019/770 ni el artículo 119 ter.1 TRLGDCU –tampoco el artículo 621-42.4 CCCat– concretan el momento (emisión, expedición, recepción o conocimiento) en el que la declaración del consumidor o usuario manifestando su voluntad de resolver despliega sus efectos[94]. Se echa a faltar tanto en la Directiva como en el TRLGDCU una norma como la del artículo 10.3 y 4 CESL, que establecía expresamente que la notificación surtía efecto cuando llegaba a su destinatario, salvo que en la misma se hubiera establecido un efecto diferido. Y añadía que la notificación llegaba a su destinatario: «(a) en el momento en que se le entregue; (b) cuando se entregue en el domicilio social del destinatario o, si carece de domicilio social, o si la notificación va destinada a un consumidor, en la residencia habitual del destinatario; (c) en caso de que una notificación se transmita por correo electrónico u otro medio de comunicación individual, cuando el destinatario pueda acceder a la misma; o (d) cuando se ponga a disposición del destinatario en tal lugar y de tal forma que sea razonable esperar que el destinatario tenga acceso a la misma sin demora indebida» [en un mismo sentido, arts. 1:303 (2) y (3) PECL y I.–1:109 (3) y (4) DCFR]. A pesar de que el artículo 15 de la Directiva 2019/770 utiliza el verbo «expresar», las referencias en los artículos 17.2 y 18.1 de la Directiva y 119 ter.6 b) y 119 quáter.1 TRLGDCU a «la fecha en que se hubiese informado al empresario de la decisión del consumidor o usuario de resolver el contrato» parecen dar a entender que la declaración que contiene la voluntad del consumidor o usuario de resolver el contrato deviene efectiva cuando es recibida por el empresario a través de alguno de los medios de contacto facilitados en el momento de la celebración del contrato[95].

---

93. La inexistencia en el CESL de una norma que obligase a los consumidores a notificar la resolución un plazo de tiempo razonable desde que tuvieran conocimiento de la falta de conformidad ya fue criticada por dejar «un amplio margen a comportamientos oportunistas, pues permite que los consumidores decidan posponer la notificación de resolución para poder disfrutar de los bienes que van a ser restituidos durante el mayor periodo de tiempo posible». Para un análisis de esta crítica, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., ob. cit. pp. 1237 y ss.

94. En cambio, el artículo 71.4 TRLGDCU establece que para determinar la observancia del plazo para desistir del contrato se tendrá en cuenta «la fecha de expedición de la declaración de desistimiento».

95. Recuérdese que, según el artículo 97.1 b) TRLGDCU, el empresario debe facilitar al consumidor o usuario de forma clara y comprensible, antes de que quede vinculado

2. FALTA DE CONFORMIDAD NO LEVE O DE ESCASA IMPORTANCIA

Cuando se constata la existencia de una falta de conformidad que permite acudir –subsidiaria o inmediatamente– al remedio resolutorio y el consumidor o usuario declara su voluntad de resolver el contrato *ex art*ículo 15 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.1 TRLGDCU, deben diferenciarse tres constelaciones de casos en función de la contraprestación realizada por el consumidor o usuario –pago con precio, con datos personales o con ambos– a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales.

2.1. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con precio

La facultad del consumidor o usuario de resolver el contrato suele limitarse a supuestos en los que la falta de conformidad reviste cierta gravedad. De ahí que, cuando se aprecia una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato y el consumidor o usuario ha pagado un precio como contraprestación, hay que distinguir dos escenarios posibles: por un lado, aquellos en los que la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato es una falta de conformidad cualificada, esto es, no es leve o no es de escasa importancia; por otro lado, aquellos en los que la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato es leve o de escasa importancia.

Si la falta de conformidad no es «leve», en la terminología utilizada por el Considerando 67 y el artículo 14.6 de la Directiva 2019/770[96] (en un

---

por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, la siguiente información: «(…) c) La dirección completa del establecimiento del empresario, número de teléfono y dirección de correo electrónico. Asimismo, cuando el empresario facilite otros medios de comunicación en línea que garanticen que el consumidor o usuario puede mantener cualquier tipo de correspondencia escrita, incluida la fecha y el horario de dicha correspondencia, con el empresario en un soporte duradero, la información también incluirá detalles sobre esos otros medios. Todos estos medios de comunicación facilitados por el empresario permitirán al consumidor o usuario ponerse en contacto y comunicarse con el empresario de forma rápida y eficaz. Cuando proceda, el empresario facilitará también la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa. d) Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor o usuario puede dirigir sus reclamaciones».

96. Para las compraventas de bienes, el artículo 13.5 de la Directiva 2019/771 señala en términos parecidos que «[e]l consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato

mismo sentido, art. 621-76.2 CCCat) –o es «grave» si se tiene en cuenta la expresión utilizada por el artículo 14.4 d) de la Directiva 2019/770–, o la falta de conformidad no es «de escasa importancia», en la terminología del artículo 119 ter.2 TRLGDCU, el consumidor o usuario tiene derecho a resolver el contrato, recayendo sobre el consumidor la carga de probar que la falta de conformidad no es leve o de escasa importancia. Y, dado que ni la Directiva 2019/770 ni el TRLGDCU definen cuándo una falta de conformidad es leve o de escasa importancia, ni tampoco proporcionan criterios que permitan llevar a cabo esa determinación, dicha cuestión debe dejarse a la interpretación de los tribunales en cada caso concreto.

En todo caso, la exigencia de que la falta de conformidad no sea «leve» o «de escasa importancia» para poder resolver el contrato parece de entrada un criterio menos exigente que el previsto en otros regímenes, pues para que el consumidor o usuario pueda ejercitar su derecho a resolver basta que la falta de conformidad sea de suficiente entidad. Para empezar, contrasta con la redacción del artículo 12.5 PDCD, que exigía que la falta de conformidad impidiera «su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales, tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad»[97]. Asimismo, difiere de la exigencia de que el incumplimiento o la falta de conformidad sea «esencial», como prevén la CV (arts. 49.1 y 51.2 en relación con el art. 25 CV), el CESL (para los contratos entre empresarios: art. 114.1 en relación con el art. 87.2 CESL), los PECL (art. 9:301 [1] en relación con el art. 8:103 PECL) y el DCFR (art. III.–3:502 DCFR). Se separa también, entre nosotros, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha interpretado el artículo 1124 CC para exigir que el incumplimiento sea grave o esencial, que también es la regla general tanto para las compraventas generales y las compraventas de consumo en el artículo 621-41 CCCat[98]. También de la PMCC 2009 (art. 1199), de la PCC 2018 (art. 518-13) y de la PMCC 2023 (art. 1181). Por último, también se aparta del criterio de la «insignificancia» que preveía el artículo 114.2 CESL para los contratos de compraventa de bienes de consumo o de suministro de contenidos digitales entre un comerciante y un consumidor («el consumidor podrá resolver el contrato, salvo que la falta de conformidad sea insignificante»).

---

cuando la falta de conformidad sea leve».

97. Para algunas críticas a la redacción de la PDCD, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», ob. cit., pp. 60-62.

98. Sobre la posible infracción por el Derecho civil catalán de la normativa europea, *vid.* ANDERSON, M., ob. cit., pp. 415-416 y la doctrina allí citada.

Si, por el contrario, la falta de conformidad puede ser calificada como leve o de escasa importancia, el consumidor o usuario no puede resolver el contrato y debe conformarse con el primer remedio subsidiario, esto es, la reducción proporcional del precio. La carga de la prueba del carácter leve o de la escasa importancia de la falta de conformidad recae en este caso sobre el empresario (en la PDCD, *vid.* art. 12.5, que hacía recaer sobre el proveedor la carga de probar que la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales no impedía su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales).

La imposibilidad de resolver el contrato por una falta de conformidad leve o de escasa importancia es una herramienta que trata de evitar las consecuencias negativas de una resolución oportunista del contrato por parte del consumidor[99]. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto en trabajos anteriores, en ocasiones podrá haber buenas razones para admitir la resolución del contrato también en los casos de falta de conformidad leve o de escasa importancia, por ejemplo, cuando sea posible acreditar que la terminación del contrato por parte del consumidor no obedece a motivos oportunistas y los costes sociales derivados de la decisión del consumidor de resolver el contrato ante el incumplimiento ocurrido sean prácticamente inexistentes. En este sentido, tales costes sociales serán prácticamente nulos «cuando las partes no hayan realizado inversiones específicas para asegurar el cumplimiento del contrato; cuando el comprador ya haya entregado los bienes a un tercero; cuando los bienes no hayan perdido –o hayan perdido poco– valor tras la entrega; cuando la parte incumplidora tenga un mercado de reventa donde recolocar los bienes objeto de restitución, o cuando

99. Algunas opciones para reducir tales consecuencias negativas pueden verse en STREMITZER, A., «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 28, N.º 3, 2012, pp. 381-406.
Para GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., ob. cit., pp. 1241 y ss., el reconocimiento de un derecho a resolver generoso para el consumidor puede tener, bajo determinadas circunstancias, efectos positivos. Señalan los autores que, cuando los vendedores tienen cierto poder de mercado para fijar los precios y las faltas de conformidad no son suficientemente significativas como para privar al consumidor de todo el valor derivado de los bienes, las bajadas de los precios por los vendedores harán que los incentivos de los consumidores a resolver el contrato sean menores. Asimismo, la amenaza de resolver el contrato puede generar en los vendedores con cierto poder de mercado incentivos suficientes para reducir sus precios y con ello desincentivar a los consumidores a resolver el contrato. Finalmente, si los vendedores saben que el derecho de los consumidores a resolver está sujeto a restricciones, pueden optar por producir bienes con un nivel de falta de conformidad que haga que los consumidores, quienes en un principio habrían optado por la resolución, decidan conservar el bien no conforme y el contrato.

el resultado o el producto del cumplimiento defectuoso sea más valioso en manos de la parte incumplidora. En cambio, el coste social derivado de la decisión de resolver será más elevado: cuando las partes hayan realizado inversiones específicas importantes con anterioridad al incumplimiento y posterior resolución del contrato; cuando los bienes vendidos hayan perdido valor tras la entrega; cuando resulte imposible o muy difícil para la parte incumplidora redirigir los bienes restituidos a un mercado de reventa, o cuando el resultado o el producto del cumplimiento defectuoso sería más valioso en manos de la parte cumplidora que si tuviera lugar la restitución de las prestaciones»[100]. Teniendo en cuenta que los contenidos o servicios digitales no pierden –o pierden poco– valor tras el suministro y, además, pueden ser fácilmente recolocados en el mercado tras la resolución de contrato, todo parece apuntar a que los costes sociales derivados de la decisión del consumidor de resolver serán por lo general poco relevantes.

2.2. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con datos personales

Cuando el consumidor o usuario ha pagado el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales facilitando datos personales como contraprestación, tiene derecho a resolver el contrato en todo caso, con independencia de si la falta de conformidad es o no leve (art. 14.6 de la Directiva 2019/770), pues en este caso «ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio» (Considerando 67 de la Directiva 2019/770). El artículo 119 ter.2 TRLGDCU se pronuncia en términos similares sobre esta cuestión: «[l]a resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación».

2.3. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales pagados con precio y datos personales (contratos mixtos)

Finalmente, es posible que el consumidor o usuario facilite al empresario una doble contraprestación –dinero y acceso a datos personales– por los

100. GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., ob. cit., pp. 1222.
Sobre esta cuestión, *vid.* también Carrasco Perera, Á., *Derecho de contratos*, ob. cit., Parte IV, Cap. 22/19, para quien «[e]l incumplimiento es resolutorio si está acreditado que los motivos que tiene el acreedor para acudir a este remedio no son oportunistas, y si los costes de salida del contrato y recuperación del status quo ex ante no son irrazonables para ambas partes, incluyendo la parte incumplidora». En un mismo sentido, SÁNCHEZ LERÍA, R., ob. cit., p. 70.

contenidos o servicios digitales. Este escenario no ha sido expresamente resuelto ni por el artículo 14.6 de la Directiva 2019/770 ni por el artículo 119 ter.2 TRLGDCU. Sin embargo, el Considerando 67 de la Directiva 2019/770 afirma que, en estos casos, «el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad» y, por tanto, ha de poder acudir en todo caso a la puesta en conformidad, a la reducción proporcional del precio y a la resolución del contrato.

VI. EL FUNCIONAMIENTO DEL REMEDIO RESOLUTORIO POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/770 Y EL TRLGDCU (II): EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El ejercicio del derecho a resolver el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales conforme a los ya analizados artículos 14.6 y 15 de la Directiva 2019/770, y 119 ter.1 y 2 TRLGDCU, comporta, por un lado, la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del contrato (sobre el efecto liberatorio de la resolución con carácter general, *vid.* arts. 9:305 PECL, III.–3:509 [1] DCFR, 1202 PMCC 2009, 518-16 PCC 2018 y 1184.1 PMCC 2023) y, por otro lado, el nacimiento de una serie de obligaciones –y también derechos– tanto para el empresario como para el consumidor o usuario, centradas principalmente en eliminar las consecuencias de las conductas contractuales que ya se han ejecutado (sobre los efectos restitutorios de la resolución con carácter general, *vid.* arts. 9:305 y ss. PECL, III.–3:509 y ss. DCFR, 1203-1204 PMCC 2009, 518-17 a 19 PCC 2018 y 1185 PMCC 2023)[101]. Adicionalmente, una vez resuelto el contrato, quien ha ejercido la facultad resolutoria tiene derecho también al resarcimiento de los daños que le haya causado el incumplimiento (sobre la compatibilidad de los remedios resolutorio e indemnizatorio, *vid.* art. 117 TRLGDCU y 1124 CC; asimismo, arts. 106.6, 131.4 y 175 CESL, 8:102 PECL, II.–3:102 DCFR, 1205 PMCC 2009, 518-20 PCC 2018 y 1184.2 PMCC 2023)[102].

Los efectos derivados de la resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales se encuentran regulados en los artículos 119 ter.5

101. Sobre la heterogeneidad de efectos que puede generar el remedio resolutorio en términos de incentivos y costes sociales para las partes, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., ob. cit.

102. Sobre la incidencia, desde un punto de vista económico, del remedio resolutorio cuando va acompañado de la indemnización de daños y perjuicios en las decisiones y comportamientos de los contratantes, *vid.* GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., ob. cit., pp. 1218 y ss.

y 119 ter.6 TRLGDCU, que han reproducido casi literalmente los artículos 16 y 17 de la Directiva 2019/770[103] (en el Derecho catalán, *vid.* arts. 621-76 y 621-77 CCCat). Como en su día hiciera el artículo 13 PDCD, la regulación se centra en los efectos restitutorios de las prestaciones que las partes han recibido como consecuencia de la celebración del contrato, tomando en consideración la diferente naturaleza de las mismas. El diseño de tales efectos en la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU supone una adaptación del concepto tradicional de «restitución», pensado tradicionalmente para prestaciones que consisten en la entrega de bienes tangibles, a las especialidades de los contratos que tienen por objeto el suministro de bienes intangibles en un contexto digital.

La regulación de la Directiva 2019/770 y del TRLGDCU se aparta de este modo del enfoque que en su día propuso el legislador europeo en el CESL (arts. 172 y ss.). De acuerdo con este enfoque, la resolución del contrato comportaba como efecto principal el deber de cada parte de devolver lo que hubiera recibido de la otra en virtud del contrato, incluidos los contenidos digitales, hubieran sido o no suministrados en un soporte material. Se partía en esta regulación de una concepción de los contenidos digitales idéntica a la de los bienes tangibles, pues unos y otros eran susceptibles de ser «devueltos». Solo en el caso de que dicha devolución fuera imposible, la obligación de restitución del contenido digital se sustituía por el pago de su valor: «Cuando no se pueda devolver lo recibido, incluidos, cuando proceda, los frutos, o en caso de contenidos digitales suministrados o no en soporte material, el beneficiario deberá pagar su valor monetario» (art. 173 CESL). Y, en el caso de que los contenidos digitales no se hubieran suministrado a cambio del pago de un precio, no se debía realizar restitución alguna (art. 173.6 CESL).

Las propuestas de modernización del Derecho europeo y español de contratos, que también se han ocupado del efecto restitutorio propio de la resolución contractual, optan por soluciones similares. Así, el artículo 9:309 PECL entiende que, en los casos en que no resulta posible restituir una prestación por la cual no se ha recibido ningún pago o contraprestación, la parte que ha llevado a cabo la prestación tiene derecho a recibir un importe razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte. De igual modo, el artículo III.–3:510 DCFR establece que, cuando el beneficio (no pecuniario) no sea susceptible de transmisión, la restitución en estos casos consiste en el pago de su valor de acuerdo con el Artículo

103. Para las compraventas de bienes, *vid.* el artículo 16.3 de la Directiva 2019/771.

3:512 del Libro III (*Pago del valor del beneficio*). Los artículos 1203 PMCC 2009, 518-17.2 PCC 2018 y 1185.3 PMCC 2023 también prevén que, cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, se deba restituir su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible.

1. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL EMPRESARIO

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 TRLGDCU, tras la resolución del contrato se generan a cargo del empresario tres obligaciones principales: (i) obligaciones en torno al precio y otros importes pagados por el consumidor o usuario de conformidad con lo dispuesto en el contrato; (ii) obligaciones en torno a los datos personales que el consumidor o usuario ha procurado como contraprestación; y (iii) obligaciones respecto de los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados por el consumidor o usuario como consecuencia de la utilización de los contenidos o servicios digitales. Por otra parte, la resolución del contrato de suministro comporta también el nacimiento a favor del empresario de un derecho a impedir que el consumidor o usuario utilice los contenidos o servicios digitales con posterioridad a la resolución del contrato.

1.1. Obligaciones del empresario respecto del precio y otros importes pagados por el consumidor o usuario

A) Obligación de reembolsar los importes pagados con arreglo al contrato

Los artículos 16.1, párrafo 1.º**, de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 a), párrafo 1.º, TRLGDCU establecen una obligación general de reembolso a cargo del empresario (en el Derecho catalán,** *vid.* art. 621-77.2 CCCat). De conformidad con lo establecido en tales preceptos, cuando el consumidor o usuario ha celebrado un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio –o de un precio y datos personales– y posteriormente ejercita su derecho a resolver el contrato, el empresario debe restituirle todos los importes que hubiera pagado con arreglo al mismo. Esta obligación resulta de aplicación con independencia de si el contenido digital pagado con precio –o con precio y datos personales– ha sido suministrado o no en un soporte duradero, pues los contenidos digitales suministrados en un soporte **únicamente quedan** sujetos a las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE y del artículo 66

bis TRLGDCU respecto de las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega (Considerando 20 de la Directiva 2019/770), pero no respecto de la obligación de reembolso del empresario.

A diferencia de lo que sucede en el segundo párrafo de los artículos 16.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 a) TRLGDCU (*vid. infra*), donde únicamente se hace mención a la obligación de reembolsar el «precio», en el primer párrafo se ha optado por la expresión más amplia «todos los importes». En consecuencia, deben ser reembolsados al consumidor o usuario, no solo el precio pagado, sino también otras sumas adicionales que haya tenido que abonar como consecuencia de la celebración del contrato[104] (*cfr.* art. 13.2 a) PDCD, que **únicamente contemplaba la obligación del proveedor de reembolsar el** «precio» pagado)[105].

La regulación de esta obligación de reembolso debe ser completada en todo caso con la regulación de los plazos y modalidades de reembolso prevista en los artículos 18 de la Directiva 2019/770 y 119 *quáter* TRLGDCU[106]. De acuerdo con tales preceptos, el empresario debe llevar a cabo el reembolso:

(i) Sin demora indebida –esto es, de forma inmediata o en un breve período de tiempo desde que el consumidor o usuario ejercite su derecho a resolver– y, en todo caso, en un plazo máximo de catorce

104. Algunos ejemplos de estos importes adicionales pueden verse en TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 278-297, p. 282, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1757, quienes hacen referencia a las compras in-app (*in-app purchase*, IAP) o a los pagos por visión o por evento (*pay-per view*, PPV o PPE), en los que el usuario de un servicio digital paga por ver un determinado contenido.

105. *Cfr.* también, en las compraventas de bienes, con el artículo 16.3 b) de la Directiva 2019/771, que indica que «el vendedor reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes».

106. *Vid.* un comentario a tales preceptos en TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 306-316, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 quáter. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1771-1777.

días a partir de la fecha en la que el empresario haya sido informado de la decisión del consumidor o usuario de reclamar su correspondiente derecho[107] (arts. 18.1 de la Directiva 2019/770 y 119 quáter.1 TRLGDCU; en términos similares, art. 13.2 a) PDCD).

(ii) Utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor o usuario para la adquisición de los contenidos o servicios digitales, salvo que las partes hayan acordado expresamente proceder de otro modo[108] (*cfr.* art. 18.2 de la Directiva 2019/770, que indica «salvo que el consumidor lo hubiese acordado expresamente de otro modo»), y siempre que no suponga un coste adicional para el consumidor o usuario[109] (arts. 18.2 de la Directiva 2019/770 y 119 quáter.2 TRLGDCU).

(iii) Sin cargo alguno para el consumidor o usuario (arts. 18.3 de la Directiva 2019/770 y 119 quáter.3 TRLGDCU)[110].

No se establecen ni en la Directiva ni en el TRLGDCU las consecuencias que tiene para el empresario el incumplimiento de esta obligación[111].

---

107. La solución adoptada cuando se resuelve el contrato es idéntica a la que se aplica en los casos de desistimiento (*vid.* art. 76 TRLGDCU).

108. Como señalan TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader» ob. cit., p. 313, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 quáter. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario», ob. cit. 1776, la exigencia de un acuerdo expreso impide que pueda incluirse en una condición general de la contratación.

109. Según la doctrina, se refiere a costes repercutidos por terceros, como un banco o un proveedor de servicios de pago, y no por el empresario: TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», ob. cit., p. 314, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 quáter. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario», ob. cit., p. 1777.

110. Por ejemplo, cargos de verificación de que el consumidor o usuario tiene derecho a resolver el contrato y, por tanto, a obtener el reembolso: TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», ob. cit., p. 315, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 quáter. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario», ob. cit., p. 1777.

111. En cambio, en los casos de desistimiento, el art. 76 TRLGDCU establece que el consumidor o usuario podrá reclamar el doble de la suma adeudada: «Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad». En un mismo sentido, para el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios, *vid.* art. 76 bis.2 TRLGDCU.

B) Obligación de reembolsar el precio pagado en los contratos de suministro de bienes o servicios digitales por tiempo determinado

El párrafo segundo de los artículos 16.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 a) TRLGDCU establece una regla de reembolso parcial, que **únicamente resulta de aplicación cuando el consumidor o usuario resuelve un** contrato de suministro de bienes o servicios digitales que reúne los tres requisitos siguientes (en el Derecho catalán, art. 621-76.3 CCCat; *vid.* también art. 13.5 y 6 PDCD):

(i) El suministro de los contenidos o servicios digitales se ha efectuado a cambio del pago de un precio –o de un precio y datos personales–, pues en este caso la prestaci**ón** realizada por el consumidor o usuario es divisible. La regla de la resolución o reembolso parcial no opera, por tanto, en los contratos de suministro pagados únicamente con datos personales. mayores dudas plantean los contratos de suministro en los que el consumidor o usuario ha facilitado datos personales como contraprestación, pero posteriormente ha adquirido a cambio de precio el acceso a determinadas características adicionales de los contenidos o servicios digitales, respecto de los cuales no se han pronunciado ni la Directiva 2019/770 ni el TRLGDCU[112].

(ii) El empresario ha suministrado los contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo[113]. Se excluyen de este modo los contratos de ejecución única.

(iii) Los contenidos o servicios digitales suministrados han sido conformes con el contrato durante un período anterior a la resolución. En consecuencia, si la falta de conformidad ya existía en el momento de la celebración del contrato, deberá aplicarse la obligación general de restitución del párrafo 1 de los artículos 16.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 a) TRLGDCU.

Si el contrato de suministro que se ha resuelto reúne estos tres requisitos, el empresario no deberá reembolsar todos los importes pagados por

112. TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination», ob. cit., pp. 282-283, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1758, parecen decantarse a favor de aplicar la regla del reembolso parcial.

113. TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination», ob. cit., p. 283, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1759, se refieren a los servicios de almacenamiento en la nube o a los servicios ofrecidos por plataformas de *streaming*.

el consumidor o usuario, sino únicamente la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no han sido conformes. Asimismo, también deberá reembolsar la parte del precio pagado por el consumidor o usuario como pago a cuenta de cualquier período restante del contrato en caso de que este no hubiese sido resuelto.

Los legisladores europeo y español han optado por configurar en estos casos una especie de resolución parcial con efectos *ex nunc*. La regla adoptada permite de este modo equilibrar los intereses del empresario y del consumidor o usuario, pues no tendría sentido que el consumidor que hubiera podido disfrutar de los contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo tuviera derecho a recibir el reembolso de todo el precio pagado[114].

En cuanto a los plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario, nos remitimos a lo dicho *supra* en relación con los artículos 18 de la Directiva 2019/770 y 119 *quáter* TRLGDCU.

1.2. Deber del empresario de cumplir con las obligaciones en materia de protección de datos

Cuando el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales se ha pagado con datos personales[115] como contraprestación –o con precio y

114. Para ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 796-807, p. 805, «este supuesto permite ensayar un segundo escenario en el que concurran remedios distintos que, en esta ocasión, se proyectarán (…) sobre distintos períodos de tiempo (de forma que, por ejemplo, tratándose de una falta de conformidad grave, el consumidor pueda solicitar una rebaja del precio satisfecho el mes pasado y la resolución por la falta de conformidad, también grave, que se experimenta en el mes en curso)».

115. Se entiende por «datos personales» en el sentido del RGPD –o «datos de carácter personal» en la LOPD–, «toda información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado")» (art. 4 1) RGPD y 3 a) LOPD). El RGPD añade que se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. La definición de «datos personales» del RGPD se ha recogido en el artículo 59 bis TRLGDCU.

datos personales (Considerando 69 de la Directiva 2019/770)– y el consumidor o usuario resuelve eficazmente el contrato, el empresario debe respetar las obligaciones previstas en el RGPD y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[116] (en adelante, LOPD) (arts. 16.2 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 b) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.2 CCCat; *cfr.* art. 13.2 b) PDCD, que establecía la obligación del proveedor de abstenerse de «utilizar las contraprestaciones no dinerarias que el consumidor haya facilitado a cambio de los contenidos digitales, así como cualesquiera otros datos recogidos por el proveedor en relación con el suministro de los contenidos digitales»).

El legislador europeo optó por incluir en la Directiva 2019/770 una remisión a las obligaciones previstas en el RGPD. De acuerdo con esta regulación, la resolución del contrato de suministro implicará fundamentalmente dos obligaciones a cargo del empresario/responsable del tratamiento de los datos personales, para cuyo estudio nos remitimos a trabajos especializados en esta materia[117]: por un lado, la obligación de cesar en la utilización de los datos personales facilitados cuando el interesado ejercite su derecho de supresión o derecho al olvido (art. 17 RGPD)[118]; por otro lado, la obligación de poner a disposición del interesado los datos personales que haya facilitado cuando aquél ejercite su derecho a la portabilidad de los datos (art. 20 RGPD).

---

116. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

117. Por todos, CÁMARA LAPUENTE, S., *Resolución contractual y destino de los datos generados por los usuarios de servicios digitales*, ob. cit.; CÁMARA LAPUENTE, S., «Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, 2020, pp. 163-191; AGUILERA RUIZ, L., «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770», en ALONSO PÉREZ, M. T. Y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (Dir.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 117-129.

118. En efecto, de acuerdo con el artículo 17.1 c) RGPD, «[e]l interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando (…)
(b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento (…), y este no se base en otro fundamento jurídico».

1.3. Obligaciones del empresario respecto de los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales

A) Obligación de abstenerse de utilizar los contenidos, distintos de los datos personales, facilitados o creados por el consumidor o usuario

Tras la resolución del contrato, el empresario debe abstenerse de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, que el consumidor o usuario haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales (arts. 16.3 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 c) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.4 CCCat). A diferencia de lo que se dirá en la letra B. *infra*, esta obligación de no hacer a cargo del empresario opera automáticamente, aunque el consumidor o usuario no la solicite expresamente.

Ni el legislador europeo ni el legislador español han definido qué debe entenderse por «contenido distinto de los datos personales», aunque una interpretación *a sensu contrario* de la definición de datos personales o de datos de carácter personal en el RGPD y en la LOPD y el TRLGDCU, respectivamente, permite inferir que tales contenidos no pueden referirse a «información sobre una persona física identificada o identificable». El Considerando 69 de la Directiva 2019/770 facilita ejemplos de tales datos no personales: «[e]sos contenidos pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles». Sin embargo, teniendo en cuenta que la Directiva 2019/770 se aplica también «en aquellos casos en que el consumidor dé su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales» (Considerando 24 de la Directiva 2019/770), podrá ser en ocasiones difícil distinguir los contenidos que deben considerarse datos personales de aquellos que son contenidos distintos de los datos personales.

La obligación del empresario que es objeto de análisis consiste en no «utilizar» –por sí mismo o permitiendo su uso por terceros– esos contenidos distintos de los datos personales que el consumidor o usuario ha proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales tras la resolución del contrato. Podría, pues, considerarse una obligación equivalente a la obligación de cesar en la utilización de los datos personales cuando el interesado ejercita su derecho de supresión o derecho al olvido de conformidad con lo establecido en el artículo 17 RGPD. En todo caso, no se impone al empresario la obligación de borrar tales contenidos distintos de los datos personales, pues ello impediría que el empresario pudiera cumplir con la

obligación de ponerlos a disposición del consumidor o usuario cuando éste lo pida, como se verá *infra* (arts. 16.4 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 d) y e) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.5 CCCat).

Con el fin de equilibrar los derechos del consumidor o usuario que ha puesto fin al contrato de suministro con los del empresario y otros posibles consumidores o usuarios que puedan haber contribuido a generar los contenidos, tanto la Directiva 2019/770 como el TRLGDCU establecen una serie de límites a esta obligación, que deben ser interpretados restrictivamente[119]. Tales límites se establecen en el artículo 16.3 de la Directiva 2019/770 y en el artículo 107.5 TRLGDCU, regulador de las obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento, tras su modificación por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre[120] (en el Derecho catalán, art. 621-77.4 CCCat). De este modo, el empresario podrá seguir utilizando el contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales, cuando ese contenido (a) no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario[121] / [122]; (b)

---

119. *Cfr.* con los límites al derecho de supresión que establece el artículo 17.3 RGPD, que se basan en la defensa de derechos fundamentales, el cumplimiento de obligaciones legales, razones de interés público o el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

120. **Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021). La reforma operada por este Real Decreto-ley entró en vigor el 28 de mayo de 2022.**
Para un análisis de las novedades introducidas por este Real Decreto-ley en la regulación del derecho de desistimiento, *vid.*, entre otros, MIRANDA SERRANO, L. M., «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley mercantil*, N.º 76, 2021 (disponible en La Ley Digital); FERRER GUARDIOLA, J. A., «La adaptación del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16, 2022, pp. 1210-1235.

121. Un ejemplo de esta primera excepción podría ser un juego de ordenador en el cual el consumidor diseña las características de su avatar: TWIGG-FLESNER, Ch., «*Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination*», ob. cit., p. 289.

122. Según TWIGG-FLESNER, Ch., «*Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination*», ob. cit., p. 289, pueden ser problemáticas las situaciones en las que el empresario

esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor o usuario durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario[123]; (c) haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados[124]; o (d) haya sido generado conjuntamente por el consumidor o usuario y otras personas, y otros consumidores o usuarios puedan continuar haciendo uso del contenido [esta última excepción se recogía también en el art. 13.2 b) PDCD][125].

B) Obligación de poner a disposición del consumidor o usuario los contenidos distintos de los datos personales proporcionados o creados al utilizar los contenidos o servicios digitales

Una vez que el consumidor o usuario ha ejercitado eficazmente su derecho a resolver el contrato de suministro, puede solicitar al empresario que ponga a su disposición los contenidos, distintos de los datos personales[126],

---

todavía puede obtener beneficios de los contenidos tras la resolución del contrato. Piénsese, por ejemplo, en el juego de simulación en el cual el consumidor debe diseñar una ciudad y en el que los diseños terminados pueden ponerse a disposición de otros usuarios por un determinado precio.

123. TWIGG-FLESNER, Ch., «*Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination*», ob. cit., p. 289, pone el ejemplo de los contenidos que se nutren de información cuantitativa (por ejemplo, número de accesos a un determinado video o a una determinada película o audio, o volumen de contenidos añadidos por los consumidores en un determinado mes).

124. Para TWIGG-FLESNER, Ch., «*Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination*», ob. cit., pp. 289-290, los datos que se registran de manera continuada mientras se utiliza un contenido o servicio digital, de manera que no es posible separar los datos aportados por un determinado consumidor o solo es posible separarlos realizando esfuerzos desproporcionados, podrían ser un ejemplo de esta excepción.

125. Sería el caso de documentos en la nube que contienen aportaciones de varios autores, o diseños realizados en plataformas colaborativas. Como señaló en su día CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», ob. cit., pp. 68-72, en relación con este límite en la PDCD, «(…) bajo esta previsión laten derechos fundamentales que inciden en la libertad contractual, como la libertad de expresión e información, y el respeto a otras previsiones legales dignas de respeto y prioridad (…), como la normativa de propiedad intelectual (…)». En un mismo sentido, PLANA ARNALDOS, M. C., ob. cit., p. 608.

126. Para los datos personales, *vid.* articulo 20 RGPD, que establece el derecho del interesado a recibir los datos personales que le incumban y que haya facilitado a un responsable del tratamiento.

que haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales (arts. 16.4, primer párrafo, de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 d) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.5 CCCat; *cfr.* art. 13.2 c) PDCD, que establecía la obligación del proveedor de facilitar al consumidor «los medios técnicos» para recuperar tales contenidos). Se trata, de nuevo, de una obligación equivalente, aunque referida a los datos no personales, a la de poner a disposición del interesado los datos personales cuando aquél ejercita su derecho a la portabilidad de los datos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 RGPD.

Para justificar esta obligación, el Considerando 70 de la Directiva 2019/770 señala que «el consumidor podría verse disuadido de exigir medidas correctoras por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales si se ve privado de acceso a contenidos que no sean los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales»[127].

La obligación de puesta a disposición no es incompatible con la obligación del consumidor o usuario, prevista en los artículos 17.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.6, letra a), TRLGDCU, de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales tras la resolución del contrato (*vid. infra*). Sin

127. Según el Considerando 46 PDCD, esta obligación del empresario pretendía contribuir a promover la competencia en el mercado: «La competencia es un elemento importante para el buen funcionamiento del mercado único digital. Para estimular dicha competencia, los consumidores deben poder responder a ofertas competitivas y cambiar de proveedor. Con el fin de que esto funcione en la práctica, deben poder hacerlo sin verse limitados por obstáculos de índole legal, técnica o práctica, incluidas las condiciones contractuales o la falta de medios para recuperar todos los datos cargados por el consumidor, producidos por el consumidor mediante el uso de los contenidos digitales o generados a través del uso de los datos digitales por el consumidor». En un mismo sentido, GRAEF, I., TOMBAL, TH. Y DE STREEL, A., «Limits and Enablers of Data Sharing. An Analytical Framework for EU Competition, Data Protection and Consumer Law» (November 27, 2019). TILEC Discussion Paper No. DP 2019-024, pp. 1-35 (disponible en SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3494212* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3494212*), p. 20: «the underlying idea of the Directive is to allow the consumers to retrieve their data in order to then share this data with other traders. Indeed, the proposal at the origin of the Directive outlined that, in order to promote competition, it is necessary to ensure that consumers can easily switch content providers, by reducing legal, technical and practical obstacles, such as the inability to recover all the data that the consumer has produced or generated through his use of digital content.121 This is because the consumer could be deterred from terminating a contract for digital content or a digital service if he cannot recover access to the content in question as a result of such termination».

embargo, el juego de ambas normas exigirá en ocasiones que el empresario deba proporcionar al consumidor otros medios técnicos (por ejemplo, un link en un email desde el cual pueda acceder a los contenidos) para asegurar dicha puesta a disposición.

El consumidor o usuario tendrá derecho a recuperar los contenidos sin cargo alguno[128] y sin otros impedimentos –distintos de los económicos–, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente (arts. 16.4, segundo párrafo, de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 e) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.5 CCCat. *Cfr.* art. 13.2 c) PDCD, que no exigía que el formato fuera legible electrónicamente)[129]. Ni la Directiva ni el TRLGDCU establecen el plazo dentro del cual el empresario debe cumplir con la obligación de poner a disposición el contenido digital desde que el consumidor o usuario solidita dicha puesta a disposición, ni tampoco el plazo durante el cual debe mantener ese contenido digital a disposición del mismo.

Sin embargo, el empresario podrá exonerarse del cumplimiento de esta obligación cuando el contenido (a) no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario[130]; (b) esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor o usuario durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; o (c) haya sido agregado con otros

128. El Considerando 40 de la PDCD señalaba el ejemplo del «gasto de emplear un formato de datos comúnmente utilizado, a excepción de los gastos generados por su propio entorno digital, incluidos los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los datos».

129. De forma similar, para los datos personales, *vid.* articulo 20.1 RGPD, que establece que el interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica,

130. Se han mostrado críticos con esta primera excepción CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos generados por los usuarios de servicios digitales», ob. cit., p. 164; CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos generados por los usuarios de servicios digitales», ob. cit., p. 855: «Prejuzgar la falta de utilidad para el consumidor de los propios contenidos que él generó con su actividad es un exceso normativo que prácticamente afrenta la dignidad de la persona: que esta no sea identificable a través de esos contenidos no significa que no tengan para ella un valor y utilidad indudable. Mientras la posibilidad de seguir usando el empresario los CGU creados conjuntamente y usados por varios consumidores tiene apoyo constitucional, el resto de límites busca en realidad no entorpecer los modelos de negocio basados en el big data».

datos por el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados[131] (arts. 16.4, primer párrafo, de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 d) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.5 CCCat).

1.4. Derecho del empresario a impedir el uso de los contenidos o servicios digitales con posterioridad a la resolución

Una vez resuelto el contrato de suministro, el empresario puede impedir al consumidor o usuario cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales, por ejemplo, haciendo que tales contenidos o servicios no sean accesibles para el mismo o inhabilitándole la cuenta de usuario[132]. Todo ello sin perjuicio de la obligación del empresario de poner a disposición del consumidor o usuario, cuando proceda, los contenidos, distintos de los datos personales que haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados (arts. 16.5 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 f) TRLGDCU; en el Derecho catalán, art. 621-77.6 CCCat. La solución adoptada por el legislador europeo y estatal se corresponde con la que en su día se previó el artículo 13.3 PDCD).

---

131. Según el Considerando 71 de la Directiva 2019/770, «en tales casos, los contenidos no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor, a la vez que se tienen en cuenta los intereses del empresario». Para CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos generados por los usuarios de servicios digitales», ob. cit., p. 163; CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos generados por los usuarios de servicios digitales», ob. cit., pp. 854-855: «La primera afirmación es un manifiesto exceso, al presumir *iuris et de iure* esa ausencia de interés: el consumidor sí puede tener diversas razones para conocer su historial de actividad (superar una adicción, reconstruir sus movimientos, escribir unas memorias, demostrar a terceros su carácter activo en el entorno digital o su habilidad con determinados programas de ordenador, etc.); la falta de utilidad fuera del servicio digital original será cierta cuando lo que se pretendiera con la recuperación fuera trasvasar o portar los contenidos a una plataforma distinta si el formato no es interoperable (por ejemplo, un avatar en un juego digital, las gemas o accesorios adquiridos en un juego, los likes o ratings respecto a contenidos propios de una plataforma, los dibujos o diseños en un programa de código cerrado), pero para el consumidor puede tener una utilidad, siquiera sea emotiva o sentimental recuperar de alguna manera esos contenidos construidos con tiempo y, en su caso, dinero, aunque no pueda "usarlos" interactivamente en otro contexto».

132. Como señala LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1762, el uso de la locución «en particular» antes de la expresión «haciendo que estos no sean accesibles para el consumidor o usuario o inhabilitándole la cuenta de usuario» supone que tales medios son ejemplos que no impiden recurrir a otros medios.

2. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR O USUARIO

El artículo 119 ter.6 TRLGDCU establece tres obligaciones a cargo del consumidor o usuario, cuya finalidad última es garantizar que no pueda seguir utilizando los contenidos o servicios digitales tras la resolución del contrato: en primer lugar, la obligación de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales [arts. 17.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.6, letra a), TRLGDCU]; en segundo lugar, la obligación de abstenerse de poner los contenidos o servicios digitales a disposición de terceros [arts. 17.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.6, letra a), TRLGDCU]; finalmente, la obligación de devolver sin demora indebida el soporte material mediante el cual se le han suministrado los contenidos digitales, si así lo ha solicitado el empresario [arts. 17.2 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.6, letra b), TRLGDCU].

La letra c) del artículo 119 ter.6 TRLGDCU (en un mismo sentido, art. 17.3 de la Directiva 2019/770) impide que el empresario pueda reclamar al consumidor ningún pago por el uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato durante el cual aquellos no hayan sido conformes[133]. A pesar de la rúbrica del artículo 119 ter.6 TRLGDCU *(Obligaciones del consumidor o usuario en caso de resolución del contrato de suministro*), la letra c) no prevé propiamente una obligación a cargo del consumidor o usuario, sino un derecho a su favor.

Las obligaciones del consumidor o usuario que prevén la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU se corresponden en buena medida con las previstas en el artículo 13.2, letras d) y e), PDCD. Dicha Propuesta definía las obligaciones del consumidor en función del soporte –duradero o no– utilizado por el proveedor para suministrar los contenidos digitales. Si los datos digitales no se habían suministrado en un soporte duradero, el consumidor debía abstenerse de utilizar los contenidos digitales o de ponerlos a disposición de terceros, en particular eliminando los contenidos digitales o transformándolos en ininteligibles, Si, por el contrario, los contenidos digitales se habían suministrado en un soporte duradero, el consumidor debía devolver, a solicitud y expensas del proveedor, el soporte duradero sin demora injustificada y en cualquier caso no más tarde de 14 días desde la recepción de la solicitud del proveedor. Asimismo, también debía eliminar cualquier copia utilizable de los contenidos digitales, transformarlos

133. Los derechos y obligaciones del consumidor o usuario que se derivan del ejercicio del derecho a resolver recuerdan en cierto modo a las previstas para el ejercicio por el consumidor o usuario del derecho de desistimiento: arts. 73 y ss. TRLGDCU.

en ininteligibles o abstenerse de otra forma de utilizarlos o de ponerlos a disposición de terceros.

2.1. Obligación del consumidor o usuario de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales

El consumidor o usuario que ha resuelto el contrato debe abstenerse de seguir utilizando los contenidos o servicios digitales [arts. 17.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.6, letra a), TRLGDCU]. El carácter intangible de la prestación recibida por el consumidor o usuario y, por consiguiente, la inexistencia de un bien –con la excepción del soporte material que se utilice para llevar a cabo el suministro del contenido digital– susceptible de ser devuelto, ha comportado la necesidad de sustituir la tradicional obligación del consumidor o usuario de «restituir» o devolver al empresario algo físico o tangible[134], por la de poner fin a la utilización de dicho contenido o servicio digital.

A diferencia de la redacción inicialmente adoptada en el artículo 13.2 d) PDCD, ni la Directiva 2019/770 ni el TRLGDCU exigen que el consumidor elimine los contenidos digitales, los transforme en ininteligibles o se abstenga de utilizarlos de otra forma. No obstante, el Considerando 72 de la Directiva 2019/770 hace una breve referencia a esta cuestión al señalar que «el consumidor también debe abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros, por ejemplo, eliminando los contenidos digitales o cualquier copia utilizable, o haciendo que los contenidos o servicios digitales no sean accesibles». Los legisladores europeo y español tampoco han concretado la forma en que el empresario podrá verificar el cumplimiento por el consumidor o usuario de esta obligación[135] ni las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la misma.

«En todo caso, como se ha dicho anteriormente, la obligación del consumidor o usuario de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales

134. *Cfr.* artículo 16.3 de la Directiva 2019/771.

135. Sobre esta crítica en la PDCD, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», ob. cit., p. 72: «El proveedor, por tanto, tendrá derecho a exigir esa conducta del consumidor, aunque difícilmente podrá comprobar si cumplió con ella cuando el consumidor tenga almacenado en sus dispositivos el contenido digital y pueda emplearlo sin conexión en línea; no obstante, sí existen algunas tecnologías que permiten monitorizar algunas de las conductas prohibidas, como ciertos DRM o también marcas de agua en el contenido digital que pueden rastrearse en caso de cesión a terceros».

debe hacerse compatible con su derecho a recuperar los contenidos digitales, distintos de los datos personales, que haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales, sin cargo alguno, sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente» (arts. 16.4 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.5 e) TRLGDCU).

2.2. Obligación del consumidor o usuario de abstenerse de poner los contenidos o servicios digitales a disposición de terceros

Además de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales por sí mismo, el consumidor o usuario también debe abstenerse de poner tales contenidos o servicios digitales a disposición de terceros [arts. 17.1 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.6, letra a), TRLGDCU]. De acuerdo con el Considerando 72 de la Directiva 2019/770, esta «puesta a disposición» debe entenderse en sentido amplio y, por tanto, debe incluir tanto los supuestos en los que el consumidor o usuario facilita a un tercero la realización en su propio dispositivo de una copia del contenido digital como también aquellos en los que facilita a ese tercero el acceso al contenido o servicio digital[136].

El cumplimiento de esta obligación exige que el consumidor elimine cualquier copia utilizable del contenido digital y que garantice que los terceros dejan de tener acceso a los contenidos o servicios digitales. Sin embargo, tampoco en este caso se han definido sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

2.3. Obligación del consumidor o usuario de devolver el soporte material que sirve de portador del contenido digital

La obligación de devolver el soporte material que ha servido de portador del contenido digital no nace automáticamente cuando el consumidor o usuario ejercita su derecho a resolver. Para que nazca esta obligación a cargo del consumidor, la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU exigen que

136. TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 17. Obligations of the consumer in the event of termination», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 297-306, p. 300, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1763, ponen el ejemplo de las plataformas de *streaming* que autorizan al consumidor que ha celebrado el contrato de suministro del servicio digital a permitir el acceso de un número de usuarios adicionales a través de sus propios dispositivos.

concurran una serie de requisitos [arts. 17.2 de la Directiva 2019/770 y 119 ter.6, letra b), TRLGDCU][137]:

(i) En primer lugar, que el contrato de suministro celebrado entre el consumidor o usuario y el empresario haya tenido por objeto contenidos digitales, pues el artículo 119 ter.6 b) TRLGDCU omite cualquier referencia a los servicios digitales.

(ii) En segundo lugar, que los contenidos digitales objeto del contrato se hayan suministrado en un soporte material, tangible (art. 59 bis q) TRLGDCU).

(iii) Finalmente, que el empresario que haya suministrado el contenido digital mediante ese soporte material haya solicitado al consumidor o usuario la devolución de dicho soporte. Teniendo en cuenta la redacción de la Directiva 2019/770 y del TRGDCU («a solicitud y expensas del empresario», «si el empresario decide solicitar», «dicha solicitud se realizará»), este requisito parece exigir un acto del empresario dirigido específicamente a solicitar la devolución del soporte material. La mera inclusión de una cláusula en el contrato suministro que establezca la devolución del soporte material en caso de resolución contractual no parece suficiente para entender que se ha cumplido este requisito[138].

Desde un punto de vista formal, ni la Directiva ni el TRLGDCU establecen que la petición de devolución del soporte material por parte del empresario deba realizarse utilizando un determinado medio, aunque, para un sector de la doctrina, lo razonable en estos casos sería que la solicitud del empresario pudiera realizarse utilizando el mismo medio de comunicación empleado por el consumidor o usuario para manifestar su voluntad de resolver el contrato[139]. Sí

137. Esta obligación del consumidor es independiente de la obligación del empresario de reembolsar los importes pagados con ocasión del contrato. Aunque el Considerando 15 de la Directiva 2019/770 estableció la posibilidad de que los Estados miembros regulasen si el empresario había de tener derecho a retener cualquier reembolso debido al consumidor en el momento de resolución del contrato hasta que este cumpliera la obligación de devolverle el soporte material, el legislador español no ha hecho uso de esta posibilidad.

138. En este sentido, TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 17. Obligations of the consumer in the event of termination», ob. cit., pp. 301-302; LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1764.

139. TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 17. Obligations of the consumer in the event of termination», ob. cit., p. 302; LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1764.

> se establece, en cambio, el plazo de que dispone el empresario para realizar la solicitud de devolución, que no podrá exceder los catorce días (naturales) a partir de la fecha en que se haya informado al empresario de la decisión de resolver el contrato. No se prevén consecuencias para el caso de que el empresario incumpla su deber de solicitar la devolución del soporte material en dicho plazo.

Si se cumplen los tres requisitos anteriormente mencionados, el consumidor o usuario debe devolver el soporte material que ha servido de portador del contenido digital sin demora indebida (*cfr.* arts. 18.1 Directiva 2019/770 y 119 quáter.1 TRLGDCU, que, al regular la obligación de reembolso a cargo del empresario, prevén un plazo máximo de catorce días para proceder a la devolución). La forma en que debe llevarse a cabo esta devolución plantea algunos interrogantes, pues ni la Directiva ni el TRLGDCU concretan el medio a través del cual debe llevarse a cabo la devolución. Aunque parecería **lógico pensar** que el consumidor o usuario ha de poder devolver el soporte material en la misma forma en que lo recibió, la elección del medio de devolución deberá tenerse en cuenta que la misma se realizará a expensas del empresario. Con todo, ni el legislador europeo ni el estatal han concretado los gastos derivados de la devolución del soporte material que debe asumir el empresario[140], ni tampoco si el empresario está obligado a avanzar el pago de esos gastos o puede reembolsarlos al consumidor o usuario una vez confirmada la recepción del soporte material[141].

---

140. Para TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 17. Obligations of the consumer in the event of termination», ob. cit., p. 304, y LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., pp. 1764-1765, parece razonable pensar que el empresario asumirá los gastos de empaquetado y de envío si el contenido digital se adquirió a distancia. En cambio, no parece razonable que el empresario deba asumir los gastos de traslado del consumidor o usuario a la oficina de correos o a la tienda física donde adquirió el contenido digital.

141. En relación con esta cuestión, *vid.* la STJUE, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 (*Christian Fülla contra Toolport GmbH*), en la que el Tribunal resuelve que el artículo 3, apartados 2 a 4, de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de los consumidores a la subsanación «sin cargo alguno» de faltas de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia no comprendía la obligación de los vendedores de pagarles por anticipado a esos consumidores los gastos del transporte de dichos bienes, efectuado al objeto de su subsanación, a los domicilios sociales respectivos de los vendedores, a menos que el pago anticipado de dichos gastos por los consumidores constituyera una carga tal que pudiera disuadirlos de hacer valer sus derechos, extremo que correspondía comprobar a los tribunales nacionales.

2.4. Derecho del consumidor o usuario a no pagar por el uso previo a la resolución en los contratos de suministro por tiempo determinado

Como se ha indicado al comienzo de este apartado, el artículo 17.3 de la Directiva 2019/770 y el apartado c) del artículo 119 ter.6 TRLGDCU (*vid.* también el art. 13.4 PDCD) impiden que el empresario pueda exigir ningún pago por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario que ha celebrado un contrato de suministro –pagado con precio, datos personales o ambos– por tiempo determinado y en el que la falta de conformidad únicamente ha afectado a una parte de ese período. El Considerando 72 de la Directiva 2019/770 entiende que un pago de ese tipo «privaría de una protección efectiva [al consumidor o usuario]».

Se trata de un derecho a favor del consumidor o usuario que recuerda en cierto modo al contenido del artículo 118.7 TRLGDCU cuando establece que, en los casos en los que proceda una medida correctora de la falta de conformidad, «[e]l consumidor o usuario no será responsable de ningún pago por el uso normal de los bienes sustituidos durante el período previo a su sustitución», si bien la una exoneración de pago opera por «cualquier uso» de los contenidos o servicios digitales, y no **únicamente en los casos de** «uso normal»[142].

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L., «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770», en ALONSO PÉREZ, M. T. Y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (Dir.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 117-129.

ANDERSON, M., «Article 621-41», en EGEA FERNÁNDEZ, J. Y FERRER RIBA, J. (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmisora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 409 y ss.

142. LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», ob. cit., p. 1766, considera que ese «cualquier uso» debiera matizarse aplicando el criterio «uso normal» **que** prevé, para las compraventas de bienes, el artículo 14.4 de la Directiva 2019/771.

ARNAU RAVENTÓS, L. Y GRAMUNT FOMBUENA, M., «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *InDret,* N.º 1, 2022, pp. 171-205.

ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 796-807.

ARNAU RAVENTÓS, L., «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Revista de educación y derecho / Education and law review*, N.º 24, 2021, pp. 1-29.

ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el real decreto ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, N.º 41, 2022, pp. 1-32.

AVILÉS GARCÍA, J., «La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo)», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters, Cívitas, Madrid, 2020, pp. 515-558.

BARCELÓ COMPTE, R. Y RUBIO GIMENO, G., «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto de intersección de la DCD y la DCV», *InDret*, N.º 3, 2022, pp. 1-27.

BARCELÓ COMPTE, R., «A propósito de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (caso EU contra PE Digital GmbH): suministro de servicios digitales y derecho de desistimiento», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 26, N.º 3, 2021, pp. 14-30.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013 (disponible en Aranzadi Proview).

BRUNNER, CH. Y GOTTLIEB, B. (Eds.), *Commentary on the UN Sales Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2019.

CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, N.º 3, 2016, pp. 1-91.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos generados por los usuarios de servicios digitales», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 838-862.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en

ARROYO AMAYUELAS, E. Y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, 2020, pp. 141-174.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?,* Baden-Baden, 2020, pp. 163-191.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, N.º 9887, 2021.

CARRASCO PERERA, Á., «Resolución del contrato pagado con datos personales como precio», *Actualidad jurídica Aranzadi*, N.º 988, 2022.

CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021 (disponible en Aranzadi Proview).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Vol. II, 6.ª ed., Cívitas, Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Cívitas, Madrid, 2005.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de derecho privado*, Año 104 (4), 2020, pp. 93-120.

FARINHA, M., «Modifications on the Digital Content or Digital Service by the Trader in the Directive (EU) 2019/770», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 25, N.º 2, 2021 (disponible en SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3868910*).

FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII, Fasc. I, 2009, pp. 157-280.

FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, N.º 4, 2021, pp. 161-226.

FERRER GUARDIOLA, J. A., «La adaptación del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a las

previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16, 2022, pp. 1210-1235.

FUENTESCA DEGENEFFE, C., «Garantías en la venta de productos de consumo y servicios postventa», en DÍAZ ALABART, S. (Coord.), *Manual de Derecho de consumo*, Reus, Madrid, 2016, pp. 115-135.

GARCÍA HERRERA, V., «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Actualidad Civil*, 2020, N.º 1, pp. 1-12.

GARCÍA PÉREZ, R. M., «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 875-907.

GARCÍA PÉREZ, R., «El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, N.º 7, 2012, pp. 37-74.

GARCÍA VICENTE, J. R. Y MINERO ALEJANDRE, G., «Artículo 70. Formalidades para el ejercicio del desistimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 990-992.

GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M., «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, Fasc. IV, 2014, pp. 1199-1252.

GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, N.º 3, 2007, pp. 1-49.

GRAEF, I., TOMBAL, TH. Y DE STREEL, A., «Limits and Enablers of Data Sharing. An Analytical Framework for EU Competition, Data Protection and Consumer Law» (November 27, 2019). TILEC Discussion Paper No. DP 2019-024, pp. 1-35 (disponible en SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3494212* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3494212*)

GRUNDMANN, S., «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, Vol. 2, 2007, pp. 121-149.

GSELL, B., «Art. 14. Remedies for lack of conformity», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary,* Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 241-271.

HERRERÍAS CASTRO, L., «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16, 2022, pp. 1010-1037.

LEISINGER, B. K., *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*, Sellier European Law, München, 2007.

LETE ACHIRICA, J., «Art. 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1737-1742.

LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 ter. La resolución del contrato», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1749-1769.

LETE ACHIRICA, J., «Art. 119 *quáter*. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1771-1777.

LETE ACHIRICA, J., «Art. 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1826-1830.

LETE ACHIRICA, J., «Art. 126 bis. Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1831-1834.

LUBBE, G., «Fundamental Breach under the CISG», *Rabels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht,* Vol. 68, N.º 3, 2004, pp. 444-472.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1761-1770.

MARTÍNEZ CALVO, J., «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *InDret*, N.º 4, 2021, pp. 1-48.

MARTÍNEZ CALVO, J., «Dualidad normativa en la regulación de los contratos "gratuitos" de suministro de contenidos y servicios digitales: la necesaria armonización entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16, 2022, pp. 1168-1185.

MILÀ RAFEL, R., «Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales», en GÓMEZ POMAR, F. Y FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *Estudios de derecho contractual europeo*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 407-450.

MIRANDA SERRANO, L. M., «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley mercantil*, N.º 76, 2021 (disponible en La Ley Digital).

MONTÉS PENADÉS, V. L., «Artículo 1124», en ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DÍAZ ALABART, S. (Dirs.): *Comentarios al Código civil*, Tomo XV, Vol. 1.º, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid, 2004 (disponible en vLex).

MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, N.º 5, 2019, pp. 194-201.

MORAIS CARVALHO, J., «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO I AMAYUELAS, E. Y CÁMARA LAPUENTE, S. (Coord.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, 2020, pp. 31-48.

MORALES BARCELÓ, J., «El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º 59, 2022.

NAVARRO CASTRO, M., «La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. Y GARCÍA PÉREZ, C. L. (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 95-118.

PLANA ARNALDOS, M. C., «Los datos personales como contraprestación», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618.

ROSSELLÓ RUBERT, F. M., «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 303, 2017, pp. 163-190.

ROSSELLÓ RUBERT, F. M., «La Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de contenidos digitales no retribuidos monetariamente», en CASTAÑOS CASTRO, P. Y CASTILLO PARRILLA, J. A., *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 269-282.

SAN JULIÁN PUIG, V., «III. Comercio electrónico. Contenidos digitales», en VALPUESTA GASTAMINZA, E. Y HERNÁNDEZ PEÑA, J. C., *Tratado de Derecho Digital*, Parte III. Digitalización de identidades, actividades y procesos. Capítulo XI. Digitalización de actividades y contratos, La Ley, Madrid, 2021, apartados 11210-11212 (disponible en La Ley Digital).

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de Directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2018, N.º 45, pp. 1-27.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de a Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret*, N.º 4, 2021, pp. 1-87.

SCHULZE, R., *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Ch. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012.

SEIN, K., «Goods With Digital Elements» and the Interplay With Directive 2019/771 on the Sale of Goods, SSRN, 2020 (disponible en: *https://ssrn.com/abstract=3600137* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3600137*).

SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1», *European Review of Contract Law,* Vol. 15, N.º 3, 2019, pp. 257-279.

SEIN, K. Y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2», *European Review of Contract Law*, Vol. 15, N.º 4, 2019, pp. 365-391.

SÉNÉCHAL, J., «Article 16(2) of the Digital Content and Digital Services Directive on the Consequences of Termination of Contract or the difficult articulation between Union Law on Consumer contract and Union

Law on the protection of personal data», en LOHSSE, S., SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?* Baden-Baden, 2020, pp. 147-162.

SILLERO CROVETTO, B., «Artículo 66 bis. Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), *Comentarios al Texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 981-1000.

STREMITZER, A., «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 28, N.º 3, 2012, pp. 381-406.

TAPIA HERMIDA, A., «Síntesis de la reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24 en materia de transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *Diario La Ley*, N.º 9991, Sección Tribuna, 2022.

TAPIA HERMIDA, A., «La reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24. Transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *La Ley Mercantil*, N.º 87, 2022.

TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 15. Exercise of the right of termination», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary,* Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 272-278.

TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 16. Obligations of the trader in the event of termination», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary,* Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 278-297.

TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 17. Obligations of the consumer in the event of termination», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary,* Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 297-306.

TWIGG-FLESNER, Ch., «Art. 18. Time limits and means of reimbursement by the trader», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary,* Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 306-316.

VON BAR, CH. Y CLIVE, E. (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, Sellier, Munich, 2009.

WAGNER, G., «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review,* Vol. 50, 2013, pp. 147-168.

WENDLAND, M., «Art. 19. Modification of the digital content or digital service», en SCHULZE, R. Y STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary,* Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 316-321.

X

Derecho de repetición del empresario por la responsabilidad derivada del incumplimiento o falta de conformidad en el suministro de los contenidos y servicios digitales

ALICIA AGÜERO ORTIZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA. *1. La acción de repetición en la Directiva 1999/44/CE. 2. La acción de repetición en la Directiva 2019/771. 3. La acción de repetición en la Directiva 2014/104/UE.* III. CARACTERES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN. *1. Naturaleza de la acción. 2. Sujetos.* 2.1. El empresario final. 2.2. El responsable en la cadena de transacciones comerciales. *3. Objeto. 4. Causas de oposición.* 4.1. Causas de oposición propias. 4.2. Causas de oposición derivadas de la obligación. *5. Facultad de renuncia. 6. Plazos de prescripción y dies a quo.* IV. DISTINTAS TRANSPOSICIONES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN. *1. La transposición española. 2. La transposición alemana. 3. La transposición francesa. 4. La transposición belga. 5. La transposición portuguesa. 6. La transposición italiana.* V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 20 de la Directiva 2019/770/(UE), de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios

digitales (LCEur 2019, 836; en adelante, «Directiva 2019/770») dispone que «[c]uando el empresario sea responsable ante el consumidor de algún incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales o de alguna falta de conformidad resultante de una acción u omisión de una persona en fases previas de la cadena de transacciones, el empresario podrá emprender acciones contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones comerciales. El Derecho nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes».

Tal y como hiciera el art. 4 de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (LCEur 1999, 1654; en lo siguiente, «Directiva 1999/44»), se establece un régimen de responsabilidad objetiva del «empresario» (en la vieja Directiva se trataría del «vendedor») frente al consumidor, que responde por los actos u omisiones culpables del resto de integrantes de las transacciones comerciales. Este sacrificio es compensado con el reconocimiento de una acción de regreso frente al causante del daño, rigiendo un sistema de responsabilidad subjetiva en la relación interna de los participantes en la en la cadena de transacciones comerciales.

Sin embargo, la Directiva 2019/770 deja al arbitrio de los Estados miembros la configuración de esta acción, a saber, la determinación de los sujetos responsables; la legitimación pasiva de unos y otros a lo largo de la cadena de transacciones, es decir, si debe existir vínculo contractual entre el empresario final y el agente contra el que se dirija la reclamación o no; la exigencia de que el sujeto pasivo de la acción ostente o no la condición de empresario; el plazo de ejercicio de la acción; la facultad de renuncia; el reconocimiento de una acción directa al consumidor frente a otros integrantes de la cadena; o las causas de oposición que podrá ejercitar el integrante de la cadena reclamado frente al empresario final para evitar resultar obligado a más de lo que habría resultado de haber respondido directamente frente al consumidor.

A causa de esta regulación extremadamente abierta, consecuencia de regular una relación entre empresarios ajena a la finalidad normativa de la propia Directiva 2019/770, los regímenes aplicados en los distintos Estados miembros son altamente heterogéneos y, con carácter general, replican el modelo adoptado para la transposición de la acción de repetición del art. 4 de la Directiva 1999/44. En lo siguiente, contextualizaremos el régimen de la acción de repetición previsto en otros cuerpos normativos europeos, prestando especial atención al régimen de la Directiva 1999/44 y sus transposiciones

en algunos Estados miembros[1]. Asimismo, analizaremos el régimen jurídico de la acción de repetición de la Directiva 2019/770: sujetos, contenido de la acción de regreso, causas de oposición y facultades de renuncia, para finalmente repasar las distintas transposiciones en los Estados miembros de la muestra.

II. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA

1. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA DIRECTIVA 1999/44/CE

La Directiva 1999/44 atribuía la responsabilidad por las faltas de conformidad de los bienes al vendedor, lo que encuentra su última *ratio*, naturalmente, en el principio de relatividad de los contratos pues es, en última instancia, la contraparte contractual del consumidor[2]. Además, se trataba de proteger al consumidor facilitando el ejercicio de los remedios ante la falta de conformidad en la adquisición de bienes de consumo frente a su contraparte contractual, sin necesidad de hacer averiguaciones adicionales respecto a la responsabilidad de los demás integrantes de la cadena de transacciones y su propia identidad. De esta suerte, se instauraba un principio de responsabilidad objetiva y vicaria del vendedor final, quien se presume que es el eslabón más cercano al consumidor y frente al cual tendrá mayor facilidad para reclamar. No solo eso, habida cuenta que la Directiva 1999/44 no preveía ninguna acción del consumidor frente al productor[3], si no se hubiera instaurado esta responsabilidad objetiva del vendedor habrían resultado insatisfechas todas las pretensiones del consumidor por faltas de conformidad que tuvieran su causa fuera del ámbito de control del vendedor. Adicionalmente, se adoptaba este régimen de responsabilidad por ser el empleado tradicionalmente por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, como explica el considerando 9 de la Directiva 1999/44.

---

1. España, Alemania, Francia, Bélgica, Portugal e Italia.
2. Marín López, M. J.: *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los distintos Estados miembros*, Instituto Nacional del Consumo, 2004, p. 427.
3. El considerando 23 se limitaba a afirmar que «[c]onsiderando que la legislación y la jurisprudencia en este ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; que, a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable».

Asimismo, el referido considerando 9 de la Directiva 1999/44 continuaba explicando que, no obstante esa responsabilidad directa y objetiva del vendedor final, y como contrapunto a ella, «el vendedor debe poder, conforme a la legislación nacional, entablar acciones contra el productor, el vendedor anterior o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual salvo que hubiese renunciado a ese derecho; que la presente Directiva no afectará al principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario; que la legislación nacional deberá determinar las normas que regulan contra quién podrá actuar el vendedor y las modalidades de dicha acción».

Por lo tanto, como decíamos, la acción de regreso incorporada en el art. 20 de la Directiva 2019/770 encuentra su antecedente más inmediato en el art. 4 de la Directiva 1999/44. Según este último precepto, «[c]uando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes[4]».

En consecuencia, en la Directiva 1999/44 se regulaba esta acción de regreso de forma abierta, quedando en manos de los Estados miembros la determinación de los sujetos pasivos de la acción y las modalidades de ejercicios de la misma[5]. Ahora bien, la acción se ideaba como disponible para las partes, es decir, renunciable por parte del vendedor en ejercicio de su autonomía de la voluntad[6], como se infiere del propio considerando noveno. Así, la incorporación en los distintos Estados miembros tuvo distinto alcance[7], tal

4. Como señala Whittaker, se trata de un precepto extraño en un Directiva de protección a los consumidores, pues constituye una norma de derecho mercantil, más que de derecho de consumo. Whittaker, S.: *Liability for Products. English Law, French Law, and European Harmonisation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 626.
5. Schwartze, A.: «Sachprobleme für die Umsetzung aus Genese, Inhalt und Dogmatik der Richtlinie über Verbraucherkäufe», en Schermaier (Ed.) *Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, Sellier European Law Publishers, 2003, p. 142.
6. Moreno Álvarez, M.ª T.: «La garantía comercial y la figura del productor en la venta de bienes de consumo», en Gómez Laplaza, M.ª C.: *Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 126.
7. *Vid.* al respecto, Marín López, M. J.: *Las garantías …*, ob. cit., pp. 427-435.

y como sucedió con el eventual reconocimiento de una acción subsidiaria o directa del consumidor frente al productor, como hicieron España y Portugal; o contra cualquier otro sujeto de la cadena comercial responsable de la falta de conformidad, como la acción directa del comprador por vicios ocultos prevista en el art. 1641 Code Civil francés –que no ha resultó alterada por la transposición de las Directivas en materia de garantías de los bienes de consumo–, o la reconocida por la jurisprudencia belga en términos semejantes, en aplicación de la doctrina de los derechos cualitativos, entre los que se encuentra la garantía del bien como si fuera un accesorio de este (art. 1615 Code Civil belga)[8]; o con la posibilidad de que en la acción de regreso del vendedor final solo tuviera legitimación pasiva su contraparte contractual o cualquier profesional de la cadena de distribución, aunque generalmente la doctrina europea había interpretado que la Directiva no exigía que la acción de regreso se dirigiera exclusivamente contra el empresario inmediatamente anterior al vendedor final en la cadena de distribución, es decir, con el que mantuviera un vínculo contractual[9].

Este excesivo margen de discrecionalidad dejado a los legisladores nacionales fue ampliamente criticado por hacer prácticamente imposible la armonización de la normativa relativa al regreso del vendedor final, defecto que, como se estudiará, se replica en el art. 20 de la Directiva 2019/770[10].

En España, la regulación no alcanzó a todos los extremos señalados en el art. 4 de la Directiva 1999/44[11], sino que el art. 124.III del TRLGDCU se limitaba a estipular el plazo de ejercicio de la acción y su *dies a quo*, a saber, un año desde el saneamiento. Asimismo, se reconocía esta acción de regreso

8. Resulta paradigmática en este contexto la sentencia del Tribunal Supremo belga de 5 de diciembre de 1980.

9. Bridge, M.: «Article 4 and the right of redress», en Bianca, Grundmann (Dirs.) *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia, Amberes, 2003, p. 185; Ernst, W.; Gsell, B.: «Kaufrechtsrichtlinie und BGB: Gesetzentwurf für eine "kleine" Lösung bei der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie», *Zeitschrift für Wirtschaftsre cht*, n.º 33, 2000, p. 1415; Reich, N.; Micklitz, H. W.: *Europäisches Verbraucherecht*, Baden-Baden, 2003, § 17.21.

10. Marín López, M. J.: *Las garantías …*, ob. cit, p. 215; Grundmann, S.; Bianca, C.: *EU-Kaufrechts-Richtlinie, Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2002, p. 217; Brüggemeier, G.: «Zur Reform des deutschen Kaufrechts: Herausforderungen durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie», *Juristen Zeitung*, n.º 11, 2000, p. 532.

11. García Rubio, M.ª P.: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, n.º 5747, 2003, p. 1533; Vérgez Sánchez, M.: *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, 2004, pp. 118 y ss.

a «quien haya respondido frente al consumidor» y no solo al vendedor, como consecuencia del reconocimiento de una acción subsidiaria del consumidor frente al productor o importador en caso de que le resultase imposible o le supusiere una carga excesiva dirigirse frente al vendedor. Por su parte, el sujeto pasivo de la acción era «el responsable de la falta de conformidad», por lo que la acción podía dirigirse frente a cualquier agente de la cadena de distribución, aunque no existiera relación contractual entre él y el vendedor final. Nada se mencionaba sobre las facultades de renuncia a la acción, por lo que debía entenderse que ello era posible siempre que, de producirse mediante una condición general de la contratación, esta superara los requisitos de incorporación conforme a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (RCL 1998, 960; en adelante, «LCGC»).

En Alemania se exigía la existencia de relación contractual entre el vendedor final y a aquel empresario frente al que regresara, es decir, que el vendedor final solo podría ejercitar esta acción de regreso frente al mayorista o profesional de quien adquirió, pero no frente al productor si no fue este. Además, el legitimado activo debía probar que el defecto existiera en el momento en que el otro empresario le vendió a él el producto. La acción de regreso era renunciable siempre que se reconociera a su titular una compensación equivalente. En relación con el plazo, era de dos años desde el saneamiento al consumidor, aparte de resultar de aplicación el plazo de presunción de preexistencia del daño de seis meses desde la entrega del proveedor en cuestión (§ 478-479 BGB)[12].

En Francia la legitimación activa de la acción de regreso se atribuía al vendedor final y la legitimación pasiva a cualquier vendedor o intermediario de la cadena de distribución, incluido el productor (antiguo art. L211-14 Code de la Consommation). Para el ejercicio de esta *action récursoire* el precepto se remitía a las reglas generales del Código civil. Además, estos integrantes de

12. Bereska, C.: «Der neue Lieferantenregress nach §§ 478, 479 BGB. Eine Arbeitshilfe», *ZGS*, 2002, pp. 59 y ss.; Sachsen Gessaphe, A. K: «Der Rückgriff des Letztverkäufers, neues europäisches und deutsches Kaufrecht», *RIW*, 2001, n. 10, pp. 721 y ss.; Matthes, J.: «Der Herstellerregress nach § 479 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ausgewählte Probleme», *NJW*, 2002, pp. 2505-2511; Schubel, C.: «Mysterium Lieferkette», *ZiP*, 2002, pp. 2061-2071; Albiez Dohrmann, K. J., «Un nuevo Derecho de obligaciones: La Reforma 2002 del BGB», *ADC*, vol. LV, III, 2002, pp. 1133-1227 Bittner, S.; Rott, P.: «Direct product liability and the final seller's right of redress in Germany» en Ebers; Janssen; Meyer (Eds.) «*European perspective on producers' liability. Direct producers' liability for non-conformity and the sellers'» right of redress*, Sellier European law publishers, Munich, 2009, p. 333.

la cadena de distribución son responsables solidarios frente al comprador final que puede dirigir frente a ellos una acción directa o *action directe*, pese a no tener vínculo contractual con ellos (lo que impedirá, consecuentemente, que pueda obtener la resolución del contrato de aquellos)[13].

En Bélgica se reconocía la acción de regreso al vendedor final frente a su contraparte contractual en la cadena de distribución, pues se matiza que se trata de una acción fundada en responsabilidad contractual, y no directamente frente al integrante de la cadena de distribución responsable de la falta de conformidad de no ser su contraparte contractual. Asimismo, prohibía las cláusulas de renuncia a la acción de regreso (antiguo art. 1649 *sexies* Code Civil) y se reconocía la acción directa del comprador final contra el productor por vicios ocultos[14].

En Portugal los artículos 7 y 8 del derogado Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril incorporaban esta acción de regreso. El sujeto activo era el vendedor que hubiera respondido frente al consumidor sin ser responsable de la falta de conformidad o la persona frente a la que el vendedor hubiera ejercido la acción de regreso, y el sujeto pasivo el «profesional al que compró la cosa», es decir, se exigía relación contractual entre el vendedor y aquel frente al que ejerciera el derecho de reembolso. Dicho de otro modo, el vendedor no siempre estaría facultado para ejercitar la acción de regreso frente al productor, ello solo sería posible si hubiera adquirido de él directamente. El demandado, solo quedaría liberado frente al sujeto activo de la acción de regreso si probara que el defecto no existía cuando entregó la cosa al demandante o que se produjo después de esta entrega, pero por causa ajena a él. Además, se recalcaba que una cláusula de renuncia *ex ante* a este derecho de regreso solo sería válida si se concediera a su titular una compensación adecuada y se reconocía acción directa del comprador final frente al productor. Por lo que respecta a los plazos de ejercicio de la acción, era de cinco años desde la entrega por parte del profesional a quien se pretendiera demandar (plazo que se suspendería durante cualquier proceso con el vendedor final) y se debía ejercitar en plazo de dos meses desde la satisfacción del derecho al consumidor[15].

---

13. Cannarsa, M.; Monréteau, O.: «The French "action directe": the justification for going beyond privity» en Ebers; Janssen; Meyer (Eds.) *European perspective…*, ob. cit. p. 320.
14. Rutten, S.; Straetmans, G.; Wuyts, D.: «Rights of redress and direct producer's liability in consumer sales in Belgium», en Ebers; Janssen; Meyer (Eds.) *European perspective …*, ob. cit. p. 201.
15. Mota Pinto, P.: «O dereito de regresso do vendedor final de bens de consumo», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2002, pp. 149-199. Mota Pinto, P.: «Direct producers' liability

En Italia se reconocía la legitimación activa al vendedor final y la legitimación pasiva de esta acción de regreso a cualquier integrante previo de la cadena de distribución, siempre que ostentase la condición de empresario, tuviera o no el vendedor relación contractual directa con este, pero no frente a intermediarios que no integrasen esa cadena, en cuyo caso respondería el empresario de la cadena de distribución que lo hubiera contratado y que debiera responder por él[16]. Tampoco reconocía acción directa del comprador final contra el productor u otros integrantes de la cadena de distribución[17]. El plazo de ejercicio de la acción era de un año desde la ejecución de la medida de saneamiento y se reconocía expresamente la facultad de renuncia a esta acción (art. 1519-quinquies Codice Civile, antes de la creación del Codice del consumo, Decreto Legislativo 206/2005).

2. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA DIRECTIVA 2019/771

La Directiva 2019/771/(UE), de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (LCEur 2019, 837; en lo siguiente, «Directiva 2019/771») que, entre ostros aspectos, modifica el régimen de falta de conformidad previsto en la Directiva 1999/44, también introduce una acción de regreso en su art. 18. En concreto, dispone que «[c]uando el vendedor sea responsable ante el consumidor de la falta de conformidad resultante de una acción u omisión, en particular la omisión de suministrar actualizaciones de bienes con elementos digitales, de conformidad con el artículo 7, apartado 3, de una persona en fases previas de la cadena de transacciones, el vendedor podrá emprender acciones contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones. El Derecho nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes».

Como puede observarse, el precepto es semejante al antiguo art. 4 Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo (LCEur 1999, 1654), tan solo se introduce una especificación respecto al supuesto de hecho, matizando que se incluye la responsabilidad por falta de entrega de actualizaciones de bienes

---

and the sellers right of redress in Portugal», en Ebers; Janssen; Meyer (Eds.) *European perspective…*, ob. cit., pp. 497-501.

16. Zaccaria, A.; De Cristofaro, G.: *La vendita dei beni di consumo*, Cedam, 2002, pp. 106-107; Colombi Ciacchi: «Art. 1519-quinquies (diritto di regresso)», en Patti (Ed.) Commentario sulla vendita dei beni di consumo, Giuffrè, Milán, 2004, p. 321

17. Troiano, S.; Bisazza, G.: «Direct producers' liability and the final seller's right of redress n Italy» en Ebers; Janssen; Meyer (Eds.) *European perspective…*, ob. cit., p. 407.

con elementos digitales[18]; y se generalizan los sujetos pasivos de acción de regreso, ahora enunciados como «la persona o personas responsables en la cadena de transacciones».

Asimismo, el art. 18 de la Directiva 2019/771 es muy parecido al art. 20 de su Directiva hermana 2019/770. Sin embargo, a pesar de la similitud, los preceptos no son idénticos. En primer lugar, la Directiva 2019/770 confiere la acción al «empresario» («trader» en la versión inglesa); mientras que la Directiva 2019/771, lo hace al «vendedor» («seller» en la versión inglesa). Por otra parte, el ámbito objetivo de aplicación de esta acción de regreso en la Directiva 2019/770 es más amplio que en la Directiva 2019/771, toda vez que la primera se refiere tanto a la responsabilidad por faltas de conformidad (lo que hacen ambas) como a cualquier otro «incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales (…) de una persona en fases previas de la cadena de transacciones comerciales».

3. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA DIRECTIVA 2014/104/UE

Un modelo diferente es el previsto en la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (LCEur 2014, 2267; en adelante, «Directiva 2014/104»), pues instaura un principio de responsabilidad solidaria de las empresas que infrinjan conjuntamente las normas sobre la competencia (como en cárteles), por los daños y perjuicios causados, aunque se prevén algunas excepciones respecto a pymes (*cfr.* art. 11.2 Directiva 2014/104). Al mismo tiempo, y como es menester entre las relaciones internas de los obligados solidarios, reconoce la facultad de estos de repetir contra el resto de las empresas por la parte de la indemnización abonada que excediera de su cuota. Como señala el considerando 37, el cálculo de dicha cuota, depende de la responsabilidad relativa del infractor en cuestión y de criterios como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel. En concreto, el art. 11.5 Directiva 2014/104 dispone que «los Estados miembros velarán por que todo infractor pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución cuyo importe se fijará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia».

18. Sobre la cuestión, *vid.* Barceló Compte, R.; Rubio Gimeno, G.: «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV», *Indret*, n.º 3, 2022, pp. 1-27.

Además, con la finalidad de promover los acuerdos extrajudiciales, se elimina el carácter solidario de la responsabilidad de los infractores que hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con el perjudicado, de modo que cualquier reclamación pendiente del perjudicado solo podría ejercitarse contra los coinfractores no participantes en el acuerdo extrajudicial, quienes no podrán exigir del infractor que transigió una contribución a dicha reclamación remanente, salvo que fueran insolventes (art. 19.2 y 3 Directiva 2014/104).

Claramente, el supuesto de hecho y la causa del reconocimiento de una acción de regreso en la Directiva 2014/104 dista mucho de las que se encuentran detrás de las previstas en las Directivas 1999/44, 2019/770 y 2019/771. En estas últimas, la acción de regreso no se concede porque se instaure un régimen de solidaridad entre los distintos empresarios participantes en la cadena de distribución. Por el contrario, la acción de repetición se prevé porque se perfila al empresario final como responsable vicario. Se configura como responsable objetivo y por hecho ajeno, frente al consumidor, únicamente al vendedor o empresario con el que contrató, incluso por incumplimientos absolutamente ajenos sin contribución al daño, con la finalidad de facilitar al consumidor la presentación de reclamaciones y, en última instancia, de ver resarcido el perjuicio. Por tanto, la acción de regreso en las Directivas 1999/44, 2019/770 y 2019/771 no tienen como finalidad compensar el exceso de cuota abonado por un codeudor solidario frente a una acción culpable conjunta, sino permitir que el sujeto que ha respondido por un incumplimiento ajeno o por un supuesto de culpa ajena sea resarcido por el sujeto o sujetos culpables, redistribuyendo así la responsabilidad.

III. CARACTERES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN

Como venimos afirmando, la acción de regreso prevista en el art. 20 de la Directiva 2019/770 responde al régimen de responsabilidad vicaria objetiva del empresario final por los hechos culpables del resto de agentes de la cadena de transacciones comerciales que impone la propia Directiva en beneficio del consumidor, para facilitarle la identificación y contacto de aquel a quien reclamar y para protegerle frente a la insolvencia del resto de participantes, de forma semejante a la responsabilidad de los empresarios por sus dependientes (arts. 1903.IV y 1904 CC)[19].

19. Roca Trías, E.: «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *Anuario de derecho civil*, Vol. 51, n.º 1, 1998, pp. 36-37, considera que el 1.903 CC establece

Así pues, el empresario final responde automáticamente de los actos u omisiones culpables de los agentes de la cadena comercial frente al consumidor. Como consecuencia de este carácter «vicario» o de sustituto del agente responsable de la cadena comercial, se le reconoce el derecho a ejercitar una acción de repetición[20] o regreso en la que poder recuperar todos los gastos incurridos para satisfacer los derechos del consumidor, o los perjuicios soportados como consecuencia de ello. En consecuencia, al ejercitar la acción de regreso frente al empresario de la cadena comercial, deberá probar la culpa del reclamado, así como la parte del importe satisfecho imputable precisamente a su actuación u omisión culpable[21], que será completa si solo él provocó el incumplimiento o falta de conformidad, o será parcial en caso de concurrencia de culpas con otros agentes –incluido el empresario final– de la cadena de transacciones.

Respecto al régimen jurídico aplicable a esta acción, si la asimilamos al art. 1904.I CC, cabrá entender que le resultan de aplicación por analogía el régimen jurídico de las acciones de regreso entre deudores solidarios (art. 1148 CC) o el régimen de la acción subrogatoria en caso de pago de deuda ajena (art. 1209 CC).

Sin embargo, la acción de regreso no responde al carácter solidario de la responsabilidad frente al consumidor de los agentes intervinientes en la cadena de transacciones, pues ese modelo fue ya abandonado con la Directiva 1999/44 (art. 4 y considerandos 9 y 23), que tampoco acogió el modelo de responsabilidad cuasisubsidaria previsto en el Libro Verde que sobre las garantías de los bienes de consumo y servicios postventa de la Comisión[22], motivo por el cual, en España, hubo de alterarse el régimen de responsabilidad solidario previsto en el art. 27 de la LGDCU[23], lo que mereció la crítica de la doctrina consumerista[24].

---

respecto de los empresarios un régimen de responsabilidad vicaria objetiva por la cual estos suplen la insolvencia de los dependientes.

20. Como explica Díez Soto en relación con el art. 1904 CC y la acción de regreso del empresario contra sus dependientes. Díez Soto, M: «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia» en Bercovitz (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13021.
21. Ortí Vallejo, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, 2002, p. 125.
22. COM (93) 509 final, pgs. 89 y ss. DO C 338, de 15 de diciembre de 1993.
23. Al respecto, Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «Comentarios a los arts. 25, 26 y 27», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Bercovitz y Salas (Dirs.), Madrid, 1992, p. 710; Serra Rodríguez, A.: «La responsabilidad del pro-

Así, la acción de regreso responde, con carácter general, a una función recuperatoria –*in natura* o por equivalente– o de subsanación del empobrecimiento del que cumple una obligación ajena a costa del enriquecimiento de su deudor. Por ello, como señala Gómez Blanes «la acción de regreso del tercero *solvens* se mueve dentro de dos coordenadas: a) el interés del *solvens* en recuperar lo que ha pagado o el equivalente; y, b) el interés del deudor en que la subentrada del tercero en el puesto del acreedor no perjudique ni agrave, en ningún caso, su situación, sin su consentimiento»[25]. Con todo, las normas de las acciones de regreso entre deudores solidarios pueden resultar de aplicación analógica a la acción de regreso que nos ocupa, en la medida en que no se oponga a su propia naturaleza.

2. SUJETOS

Como consecuencia de la concurrencia de diversos agentes participantes en la cadena de distribución que pueden tener efecto en la adecuada recepción del contenido o servicio digital por parte del consumidor, nacen dos niveles de relaciones, una *ad extra* entre empresario y consumidor; y otra *ad intra* entre los diversos integrantes de la cadena comercial por la eventual responsabilidad que cada uno ostenta de forma individualizada por su propia diligencia y obligación de cumplimiento y conformidad. Así, el considerando 78 de la Directiva 2019/770, hace referencia a que las faltas de conformidad de los contenidos o servicios digitales finales se debe, usualmente, a una de las transacciones de una cadena que une al diseñador original con el empresario final. Dado que en la relación *ad extra* el consumidor solo está unido con el empresario final, este será el único responsable frente a él, incluso por hecho ajeno de otro integrante de la cadena, pero deberá poder reclamar al responsable dentro de la relación *ad intra*.

2.1. El empresario final

La Directiva 2019/770 impone la responsabilidad del empresario final frente al consumidor por cualquier incumplimiento del suministro de con-

---

ductor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 16, 2006; y las SSTS 20.10.1990 (RJ 1990/8028); 14.7.2023 (RJ 2003, 5837).

24. Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; Martínez Espín, P.: «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo», *Estudios sobre Consumo*, n.º 52, 2000, pp. 130 y 131; Gutiérrez Santiago, P.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 269-270.

25. Gómez Blanes, P.: «La *condictio* del regreso por pago de tercero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 716, 2009, p. 2835.

tenidos digitales o por cualquier falta de conformidad, tanto por hecho propio como por hecho ajeno de cualquiera de los integrantes que cause la interrupción del suministro de los contenidos digitales o que haya provocado la falta de conformidad.

«El considerando 78 de la Directiva 2019/770/(UE), de 20 de mayo (LCEur 2019, 836) expone al respecto que «[m]ientras que el empresario final debe ser responsable frente al consumidor en caso de falta de conformidad, es importante garantizar que el empresario tenga los mismos derechos frente a las diferentes personas en la cadena de transacciones para poder cubrir la responsabilidad hacia el consumidor». Esta responsabilidad del empresario final se cristaliza en el art. 11 de la Directiva 2019/770. Por lo tanto, en la Directiva, el empresario final es el sujeto activo de la acción de regreso por ser el responsable frente al consumidor, es decir, por ser el único al que se le encomienda responder por hecho ajeno del resto de los integrantes de la cadena de transacciones.

Con todo, la Directiva 2019/770 permite a los Estados miembros reconocer la facultad a los consumidores de dirigirse no solo contra el empresario final, sino también contra cualquier otro integrante de la cadena de transacciones comerciales. Lo manifiesta expresamente el considerando 12 *in fine* al sostener que «[l]a presente Directiva tampoco debe afectar a las normas nacionales que establecen las medidas correctoras de naturaleza extracontractual de que dispone el consumidor en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, frente a las personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones u otras personas que cumplan las obligaciones de dichas personas».

En consecuencia, algún ordenamiento jurídico, como el español (*cfr.* art. 125 TRLGDCU), ha reconocido la facultad del consumidor de dirigirse también contra el productor con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad. Se trata de un sistema de responsabilidad subsidiaria entre empresario final y productor por las faltas de conformidad, con independencia de quién sea el responsable en la cadena de transacciones, y decimos subsidiaria pues el consumidor no puede dirigirse libremente contra el productor, como permitiría la existencia de deudores solidarios (art. 1144 CC), sino solo en caso de que le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario final, en el caso de la transposición española. De esta suerte, en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de la Directiva 2019/770, el sujeto activo de la acción de regreso no es solo el empresario final, sino también el productor en caso de haber

respondido este frente al consumidor por culpa ajena. Por ello, el art. 125.2 TRLGDCU reconoce el derecho a ejercer esta acción de regreso a «quien haya respondido frente al consumidor» y no solo al empresario final.

Por su parte, en Portugal se reconoce la responsabilidad directa del empresario final frente al consumidor, como en la Directiva 2019/770, pero se le reconoce, adicionalmente, la facultad de exigir la intervención del agente responsable de la cadena de transacciones en caso de ser demandado por el consumidor, generando un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (art. 42.1 Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro y art. 317 de la Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho). En este caso, si se pudiera individualizar y probar suficientemente la culpa del otro agente, este sería el obligado a cumplir o poner en conformidad los bienes, desapareciendo el supuesto de hecho de la acción de repetición del empresario final.

Por lo demás, debe recordarse que tanto en Francia como en Bélgica se reconoce la acción directa del comprador final contra cualquier integrante de la cadena de transacciones comerciales que resulte responsable por los vicios ocultos que pudieran presentar los contenidos digitales.

2.2. El responsable en la cadena de transacciones comerciales

Según el art. 20 de la Directiva 2019/770, el empresario final que hubiera respondido frente al consumidor por algún incumplimiento o falta de conformidad ocasionada por una persona en fases previas de la cadena de transacciones, podrá emprender acciones contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones comerciales. Así, por ejemplo, en materia de faltas de conformidad, el empresario podrá repetir frente a quien redactó o tradujo las instrucciones erróneamente si la falta de conformidad deriva de mala instalación como consecuencia de deficiencias en las instrucciones de integración proporcionadas por el empresario (art. 9.b) Directiva 2019/770); también podrá repetir frente a quien instaló o integró por su cuenta o bajo su responsabilidad (art. 9.a) Directiva 2019/770); o frente a quien fuera responsable de la disponibilidad y legalidad de los contenidos o servicios digitales, si la falta de conformidad deriva de la vulneración de derechos de terceros, tanto cuando aplique medidas correctoras, como cuando el Derecho nacional prevea la nulidad o rescisión del contrato (arts. 10 y 20 Directiva 2019/770).

Ahora bien, el precepto matiza que el Derecho nacional determinará quién es el responsable del incumplimiento en el suministro de contenidos

o servicios digitales, o de las faltas de conformidad, dentro de la cadena de transacciones. Igualmente, el considerando 78 de la Directiva 2019/770 insiste en que debe corresponder a los Estados miembros con arreglo a su Derecho nacional aplicable identificar a las personas en la cadena de transacciones contra las que puede dirigirse el empresario. Por lo tanto, existe un amplio margen de libertad a este respecto entre los Estados miembros.

Además, como matiza el considerando 13 y se infiere del propio ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2019/770, los Estados miembros preservan la libertad de regular las acciones por responsabilidad que ejercite un consumidor frente a un tercero que no sea un empresario que suministre o se comprometa a suministrar los contenidos o servicios digitales (empresario final), pero que actúe en la cadena de transacciones sin ostentar la condición de empresario, como podría ser un desarrollador empleado por cuenta ajena o que hubiera prestado el servicio de forma ocasional[26].

Así, deberá atenderse a la atribución de responsabilidad contractual o extracontractual a cada agente y, en este último caso, al sistema de responsabilidad objetivo o subjetivo del ordenamiento jurídico en cuestión, así como los caracteres del interviniente en la cadena de transacciones al que se le reconozca responsabilidad. Por consiguiente, las principales diferencias que encontramos en los distintos ordenamientos jurídicos de nuestra muestra refieren al carácter profesional del sujeto pasivo de la acción de regreso y de la exigencia de relación contractual entre el regresante y el sujeto contra el que se dirige la acción de regreso.

En este sentido, Alemania reconoce la facultad de regreso de cualquier empresario en la cadena de distribución respecto de su respectivo socio contractual, siempre que ostenten la condición de empresarios (§ 327u.6). Así, en Alemania, el sujeto pasivo de la acción de regreso ha de ostentar la condición de empresario, quedando blindado frente a ella cualquier integrante de la cadena comercial que no ostente tal condición; y, además, ser el socio contractual inmediato del regresante, de forma que el empresario final no podrá dirigirse contra el productor o diseñador si no fue este quien distribuyó el producto al empresario final estando unidos por una relación

26. En relación con el ordenamiento jurídico español, considera Lete Achirica que «aunque la ley no lo resuelve expresamente, si el "vendedor" anterior causante del defecto no es un consumidor, no cabe ejercitar contra él la acción de repetición del art. 125.2 TRLGDCU». Lete Achirica, J.: «Acción contra el productor y de repetición», en Zumaquero Gil; Cañizares Laso (Dirs.) *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

contractual. Por tanto, si entre desarrollador y empresario o distribuidor final hubiera intervenido un intermediario que tuviera sendos contratos con el desarrollador, por una parte, y el empresario final por otra, el empresario final solo podrá ejercitar su acción de repetición frente a este intermediario, que es su socio comercial, incluso cuando este intermediario hubiera devenido insolvente.

Este era el régimen vigente en relación con la acción de repetición por la responsabilidad de las faltas de conformidad en la compraventa de bienes y es el previsto también en Francia, Bélgica y Portugal. Ahora bien, este régimen de vinculación contractual preceptiva no es el ideal, ya que puede provocar que en ocasiones un integrante de la cadena de distribución tenga que asumir la responsabilidad por hechos que le son inimputables.

Esto sucederá cuando uno de los empresarios en la cadena resulte insolvente, de forma que no se pueda proseguir en la cadena contractual en la búsqueda de resarcimiento frente al responsable último y original. También bastará con que el empresario inmediatamente anterior carezca de culpa respecto al incumplimiento o falta de conformidad en cuestión, para que pueda eximirse de responder frente al empresario final vetando así las posibilidades de regreso de este último. Por otra parte, la configuración de la responsabilidad como contractual puede provocar divergencias entre lo que constituye una falta de conformidad entre la relación empresario-consumidor, y la relación entre empresarios. Así sucedería, por ejemplo, respecto a los anuncios posteriores realizados por el programador una vez que el contenido o servicio digital ya hubiera sido puesto a disposición del empresario final, pero antes de su comercialización al consumidor. En estos casos, el contenido o servicio digital sería no conforme para el consumidor, pero conforme en la relación entre empresarios, de forma que el empresario final vería frustradas las posibilidades de éxito de la acción de regreso[27]. Otra dificultad que presenta este modelo es que, en caso de que la cadena de transacciones involucre a empresarios radicados en distintos países, la ley aplicable conforme al derecho internacional privado podría variar para cada contrato y así, para cada reclamación[28].

Finalmente, en caso de pluralidad de sujetos responsables, en España, responderán por su grado de contribución a la falta de conformidad o incum-

27. Como apuntan Ebers, M.; Janssen, A.; Meyer, O. respecto a la garantía de bienes en «Comparative report», en Ebers; Janssen; Meyer (Eds.) *European perspective…*, ob. cit., p. 48.

28. *Ibid*., p. 53.

plimiento y, en caso de no poderse determinar, de forma solidaria de forma que la responsabilidad se prorrateará por partes iguales entre todos ellos[29]. Si bien corresponde al empresario demandante la carga de la prueba respecto a los sujetos causantes de la falta de conformidad[30].

3. OBJETO

De la literalidad del art. 20 Directiva 2019/770 se extrae que la acción de repetición puede ejercitarse respecto al perjuicio padecido por el empresario final como consecuencia de haber respondido frente al consumidor por actos dañosos imputables subjetivamente a otro agente de la cadena de transacciones: «Cuando el empresario sea responsable ante el consumidor de algún incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales o de alguna falta de conformidad resultante de una acción u omisión de una persona en fases previas de la cadena de transacciones…». Así pues, la facultad de regreso del empresario establecida en el art. 20, alcanza a cualquier incumplimiento (y no solo a aquellos que constituyan faltas de conformidad propiamente dichas) precisamente porque el art. 11.1 Directiva 2019/770 impone al empresario la responsabilidad por «cualquier incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales de conformidad con el artículo 5». La responsabilidad del empresario por la falta de conformidad se estipula, por el contrario, en los apartados 2 y 3 del art. 11 Directiva 2019/770 relacionados con las faltas de conformidad en suministros por actos individuales, en el primer caso, y por suministros continuados, en el segundo.

Debe notarse, como mencionamos *ut supra*, que la acción de regreso de la Directiva 2019/770 no responde a la solidaridad de la deuda de cumplimiento y conformidad por parte de los integrantes de las transacciones frente al consumidor. La acción de repetición se prevé porque se hace responsable objetivo y por hecho ajeno al empresario final, sin reconocer legitimación activa del consumidor para dirigirse frente a otros integrantes de la cadena (salvo en caso excepcionales en algunas normas de transposición, como sucede en el art. 125 del TRLGDCU)[31]. Tampoco existe cuota interna de

29. Marín López, M. J.: «Comentario al art. 124 TRLGDCU», en Bercovitz Rodriguez-Cano (Dir.) Comentario del texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1805-1806.

30. Ortí Vallejo, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa …*, ob. cit., p. 125.

31. Lo que Costas Rodal calificó, en relación con la Directiva 1999/44, como una «disociación, en beneficio del consumidor, entre la legitimación pasiva y la responsabilidad

reparto de responsabilidad, sino que cada uno deberá responder frente al empresario final por el todo una vez determinada su responsabilidad (*cfr.* art. 1145.II CC). Ni la insolvencia de un deudor solidario debe ser suplida a prorrata por el resto de los agentes de la cadena, salvo que sean coculpables (*cfr.* art. 1145.III CC). Muestra de ello es que los integrantes de la cadena de transacciones comerciales nunca responderán frente al consumidor por la insolvencia del empresario final (excepción hecha al ordenamiento español que prevé la responsabilidad objetiva del «productor» de forma subsidiaria, para el caso de que al consumidor resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario final –*cfr.* art. 125.1 TRLGDCU–).

Pues bien, en relación con el incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales, cuando la falta de suministro no sea imputable al empresario final, lo cierto es que este empresario final es el obligado directo a suministrarlo sin demora indebida o dentro de un plazo adicional acordado expresamente por las partes, de suerte que de no hacerlo o de ser evidente que lo hará, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato. Además, el consumidor tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios, de haberlos padecido y probado suficientemente (considerando 73[32]).

En estas circunstancias, si el empresario final hubiera debido satisfacer los gastos de un negocio de cobertura para poder suministrar los contenidos y servicios digitales cuyo suministro resultaba imposible por causa imputable a su *partner*, la cuantía reclamable vía acción de regreso alcanzará a todas las partidas del contrato con el nuevo socio contractual requerido para satisfacer la exigencia de cumplimiento sin demora. En otras palabras, el empresario podrá repetir el cumplimiento si para hacerlo en el plazo debido hubiera incurrido en costes adicionales, como la contratación de un nuevo

---

última por la falta de conformidad». Costas Rodal, L.: «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2004, p. 36.

32. «El principio de la responsabilidad del empresario por daños y perjuicios es un elemento esencial de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Por tanto, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales. La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad. Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas».

proveedor. Incluso si hubiera cumplido sin requerir la intervención de un tercero, sino por sí mismo empleando sus propios medios y/o contenidos o servicios digitales, el empresario final tendrá derecho a repetir contra el responsable por el coste de mercado de esos medios o contenidos o servicios digitales, evitando así su empobrecimiento injusto a causa del enriquecimiento injustificado del incumplidor[33]. Asimismo, la acción de repetición deberá incluir la indemnización de daños y perjuicios que hubiera tenido que abonar al consumidor, de ser tal el caso. Igualmente, podrá repetir el empresario final por los costes del negocio de cobertura que se hubiera provisto el propio consumidor, cuyos costes hubiera repercutido al empresario final, así como, en su caso, la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

Adicionalmente, si al empresario final le hubiera resultado imposible suministrar los contenidos o servicios digitales, por sí o por tercero, y el consumidor hubiera resuelto el contrato, el empresario final tendrá derecho a repetir contra el responsable en la cadena de transacciones la parte del precio que hubiera tenido que restituir al consumidor por la parte proporcional del suministro no prestado o por el precio por entero, en su caso. Idénticamente, podrá repetir por el importe de la eventual indemnización de daños y perjuicios satisfecha al consumidor.

Cuestión más controvertida es la posibilidad de repetir por los daños y perjuicios padecidos por el empresario final, por ejemplo, como consecuencia de la suspensión de los pagos periódicos del consumidor en aplicación de la excepción de contrato no cumplido, cuya regulación queda al arbitrio de los Estados miembros (*cfr.* considerando 15 de la Directiva 2019/770) y que, por ejemplo, ha sido incluida en el art. 117.1 del TRLGDCU español. En otras palabras, si el consumidor viniera obligado a pagar el precio del servicio de forma periódica y suspendiera el pago en ejercicio de la acción de excepción de contrato no cumplido[34], resulta controvertido que el empresario, una vez retomada la vigencia del suministro y de los pagos, tendría derecho a repetir por el interés legal del dinero calculado sobre el importe dejado de percibir y

33. *Vid.* Gómez Blanes, P.: «La *condictio* del regreso…», ob. cit., pp. 2838-2839, que comprende que en las obligaciones de hacer o de dar cabe acción subrogatoria contra el deudor que deberá responder por *aestimatio rei*, en vez de *in natura*.

34. Pese a que no se haya incluido este remedio en la Directiva 2019/770, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 2019/770, se acepta que no esté afectado por el nivel de armonización plena al ser un principio de la teoría de las obligaciones recíprocas (art. 3.10 Directiva 2019/770). *Vid.* Arnau Raventós, L.: «Remedios por la falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, p. 805.

los días del impago, en tanto que perjuicio injusto padecido como consecuencia de una acción u omisión dañosa del tercero. Por otro lado, en relación con las faltas de conformidad, el empresario final puede verse abocado a poner en conformidad los contenidos o servicios digitales, por ejemplo, poniendo a disposición del consumidor una nueva copia o facilitando actualizaciones. Siempre que la puesta en conformidad comporte gastos o lucro cesante para el empresario final –por ejemplo, por el hecho de que por esa nueva copia o esas actualizaciones hubiera obtenido un precio en el mercado–, este podrá repetir contra el responsable de la falta de conformidad por dicho importe. Con todo, cuando al empresario le resulte jurídica o prácticamente imposible poner en conformidad los servicios o contenidos digitales, o cuando ello le suponga unos costes desproporcionados, o cuando no haya podido ponerlos en conformidad en un plazo razonable, o la falta de conformidad sea grave, el consumidor podrá solicitar la rebaja del precio o la resolución del contrato. En estos casos, como en los supuestos de resolución por incumplimiento, comprendemos que el empresario final está facultado para ejercitar una acción de repetición contra el integrante de la cadena de transacciones responsable de la falta de conformidad por importe restituido al consumidor, ya sea el precio por completo, o la rebaja efectuada.

Del mismo modo, el empresario final podrá repetir contra el responsable de la cadena de transacciones por los gastos en que hubiera incurrido como consecuencia de la ostentación de la carga de la prueba para demostrar, infructuosamente, que los contenidos o servicios digitales se suministraron reuniendo los requisitos de conformidad (art. 12.1-3 Directiva 2019/770) o que la falta de conformidad provenía de la incompatibilidad del entorno digital del consumidor con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales, precontractualmente informados al consumidor (art. 12.4 Directiva 2019/770). Consideramos que podrá repetir por estos gastos cuando sus esfuerzos probatorios no hubieran podido demostrar la conformidad del contenido o servicio digital como consecuencia de que la falta de conformidad, ciertamente, resultase imputable a un agente de la cadena de transacciones. Todavía cabría considerar que podría repetir por los gastos incurridos para probar la conformidad de los contenidos y servicios digitales, si la falta de éxito en su pretensión se debiera a la falta de cooperación necesaria del empresario de la cadena de transacciones que tuviera mayor facilidad probatoria del origen de la presunta falta de conformidad en cuestión.

Cuestión discutida es si el empresario final puede ejercitar una acción de repetición contra el agente de la cadena de transacciones responsable cuando el remedio concedido al consumidor hubiera sido la «restitución»

de datos personales tras la resolución (art. 16.2 Directiva 2019/770), dicho con propiedad, el cese de uso de los datos personales del consumidor[35]. En estos casos, si el perjuicio padecido por el empresario final como consecuencia de la pérdida de derechos del tratamiento de los datos personales del consumidor es patrimonializable y cuantificable, consideramos que podrá entonces repetir contra el responsable por el valor de la pérdida del derecho de tratamiento de los datos personales, lo que exigirá que no se trate de datos exclusivamente necesarios para el funcionamiento del servicio digital –de lo contrario, no actuarían como verdadera contraprestación–.

En sentido semejante se erige la cuestión de cuál habrá de ser el contenido de la acción de regreso del empresario final por la cumplir con la obligación de restituir al consumidor los contenidos, que no fueran datos personales, que el consumidor hubiera facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario (en los términos del art. 16.4 Directiva 2019/770). En este supuesto de hecho, el empresario final debería poder repetir contra el agente responsable por los costes incurridos en la reposición de estos contenidos al consumidor.

En adición, si los contenidos digitales se hubieran suministrado en un soporte material, el empresario final también podrá repetir contra el agente responsable de la cadena de transacción los costes derivados de la devolución del soporte material tras la resolución contractual pues, de conformidad con el art. 17.2 Directiva 2019/770, esta correrá a cargo del empresario. Igualmente, podrá repercutir las comisiones y costes en que pueda incurrir como consecuencia de hacer efectiva el reembolso del precio pagado por el consumidor en el método de pago empleado por aquél (art. 18.2 Directiva 2019/770).

Por el contrario, como es lógico, el empresario final no podrá repetir contra ningún integrante de la cadena de transacciones en supuestos de no responsabilidad como, por ejemplo, en caso de que la falta de conformidad derive de la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales por parte del consumidor, o alguien ajeno a la cadena de transacciones, siempre que las instrucciones proporcionadas no dirigieran al consumidor a esa defectuosa instalación (art. 9 Directiva 2019/770); o en relación con *software* libre y de código abierto, en el que el código fuente se comparta

35. Beale, H.: «The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales», *Revista de internet, derecho y política*, n.º 23, 2019, p. 9; Milà Rael, R.: «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity», *Revista de internet, derecho y política*, n.º 24, 2019, p. 59.

abiertamente, siempre que este no se suministre a cambio de un precio y que los datos personales del consumidor se utilicen exclusivamente para mejorar la seguridad, la compatibilidad o la interoperabilidad del *software* (art. 3.5 y considerandos 32 y 78 Directiva 2019/770)[36].

Por las mismas razones, no cabrá ejercitar una acción de regreso cuando el empresario hubiera probado que los contenidos o servicios digitales se suministraron de conformidad con el art. 5 Directiva 2019/770, derribando la presunción de preexistencia de la falta de conformidad (art. 12.1-3 Directiva 2019/770). Igualmente, no existe supuesto de hecho que permita ejercitar una acción de repetición cuando el empresario hubiera demostrado que el entorno digital del consumidor no era compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales, siempre que hubiera informado de tal consumidor de tales requisitos de forma clara y comprensible antes de la celebración del contrato (art. 12.4 Directiva 2019/770). A diferencia de los supuestos analizados *ut supra* respecto a la posibilidad de repetir por los gastos de constitución de la prueba de forma infructuosa, en estos casos no se podrá repetir ya que el empresario no habrá respondido frente al consumidor, supuesto de hecho de la acción de regreso del art. 20 Directiva 2019/770.

Finalmente, el considerando 14 de la Directiva 2019/770 reconoce que los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de regular las consecuencias de los incumplimientos en el suministro o faltas de conformidad de los contenidos o servicios digitales, cuando se deban a un impedimento inevitable fuera del ámbito de control del empresario, como en casos de fuerza mayor. Ahora bien, la responsabilidad del empresario final que le habilita para interponer una acción de regreso es una responsabilidad por hecho ajeno, por lo que, si la fuerza mayor concurre o es alegable por el empresario final, sucederá que la responsabilidad sería propia y nunca habría podido regresar contra otro interviniente de la cadena de transacciones y, a mayor abundamiento, debería haberla opuesto al consumidor para eximir su propia responsabilidad.

4. CAUSAS DE OPOSICIÓN

Entre las causas de oposición que podrá alegar el sujeto pasivo de la acción de regreso se encuentran las causas eximentes de responsabilidad

36. Aunque se sostiene que ello no impide el ejercicio de acciones de responsabilidad civil extracontractual. Sein, K.; Spindler, G.: «The new Directive on contracts for the supply of digital content and digital services: scope of application and trader's obligation to supply (part 1)», *ERCL*, n.º 15 (3), 2019, p. 268.

propias o que le sean personales y las causas de oposición que se deriven de la naturaleza de la obligación u objetivas. Con todo, no podrá oponer las excepciones personales del empresario que no hubiera opuesto al consumidor, pues ello comportaría un enriquecimiento injustificado del responsable[37]. Esta posibilidad de oponer excepciones, derivada en España del art. 1840 CC, «pretende la protección del sujeto pasivo del regreso (deudor del reembolso), de manera que no se encuentre en una posición peor que la que ocuparía de haber sido él e reclamado, sobre todo cuando el agravamiento de su posición sea imputable al acreedor del reembolso»[38].

4.1. Causas de oposición propias

El agente de la cadena de transacciones deberá poder oponerse a la acción de regreso, indiscutiblemente, si demuestra que no incurrió en ningún incumplimiento ni acción u omisión causante de la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, sin necesidad de que muestre o individualice la culpa de otros agentes. Sin embargo, no podrá oponerse si el incumplimiento o acción u omisión dañosa fuera imputable a algún sujeto de quien deba responder, como sus empleados, subcontratas, u otros actores contratados para actuar por su cuenta o bajo sus directrices. Igualmente, podría oponer el cumplimiento si el consumidor se hubiera dirigido directamente contra él y hubiera puesto en conformidad los contenidos o servicios digitales o hubiera reestablecido el suministro.

---

37. En palabras de Carrasco Perera: «una cosa es que todos los codeudores puedan oponer pro parte las excepciones de un compañero y que éste, titular de la excepción, tenga que hacerlo. Sería, además, una solución circular, porque si D2 puede oponerle a D1 por el todo del regreso la excepción personal de D1 que éste no opuso a A por el todo de la deuda externa, no por eso dejaría de tener D2 que pagarle su parte en el regreso, pues la liberación hipotética de D2 hubiera procedido de una excepción ajena que a D2 enriquece indebidamente. Si el codeudor solvens no opuso la excepción personal que le competía, y pagó al acreedor común, no podrán oponérsela sus consortes tampoco pro parte en vía de regreso, es decir, por la parte del codeudor titular de la excepción. Pues aquel codeudor que pagó sólo regresará contra sus consortes habiendo deducido su parte en la relación interna, que es precisamente lo único que hubiera podido deducir el otro codeudor si pudiera haberle opuesto al acreedor la parte de la deuda de aquél en la relación interna». Carrasco Perera, Á.: «De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias», en Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8433.

38. García Vicente, J. R.: «La acción contra el productor: el artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, 2007, fasc. I, p. 3.

Asimismo, el responsable dentro de la cadena de transacciones podrá oponer la concurrencia de algún evento de fuerza mayor que le hubiera impedido cumplir con el suministro o la conformidad de los contenidos y servicios digitales que le exima de responder. Es decir, en supuestos en que la fuerza mayor concurra solo en el sujeto pasivo de la acción de regreso, pero no en el empresario final, el repetido debería poder oponer este evento eximente. Ahora bien, para ello, el empresario final debería haber tenido la posibilidad de oponer esta causa de exoneración ajena al consumidor lo que requiere el conocimiento de su concurrencia. De esta suerte, si el empresario final no hubiera sido razonablemente diligente al recabar información del repetido, por ejemplo, por no haberle notificado la recepción de la reclamación del consumidor y consultado acerca de las circunstancias de su eventual incumplimiento; o si, de haberlo hecho y hacer recibido la información acerca del evento eximente, no lo hubiera opuesto pertinentemente al consumidor, el repetido podrá oponer la existencia de un evento de fuerza mayor. Por el contrario, si el motivo por el que el empresario final no hubiera opuesto al consumidor la fuerza mayor se debiera a la falta de diligencia del repetido en comunicar su acaecimiento, entonces no podrá oponer al empresario final esta causa de exoneración.

Por lo que respecta a las cuantías reclamadas por el empresario final, el responsable en la cadena de transacciones podría oponer: (i) una rebaja en el importe de la restitución completa del precio efectuada por el empresario si demostrase que durante un tiempo sí se prestó el suministro de contenidos o servicios digitales (art. 16.1.II Directiva 2019/770); (ii) la falta de proporcionalidad en la reducción del precio aplicada por el empresario final al consumidor (art. 14.5 Directiva 2019/770); (iii) cualesquiera recargos en la restitución del precio (intereses de demora) u otros gastos de litigio por incumplimiento de la obligación del empresario final de restituir en el plazo debido de catorce días (art. 18.1 Directiva 2019/770) o derivados del incumplimiento de las obligaciones del empresario final; así como (iv) la compensación con los pagos exigidos al consumidor –o que pudieran haberse exigido al consumidor– por el indebido uso de los contenidos y servicios digitales, o por la indebida puesta a disposición de terceros, tras la resolución contractual (art. 17.1 y 3 Directiva 2019/770).

4.2. Causas de oposición derivadas de la obligación

Como explica Carrasco Perera, «[e]l deudor demandado que no opuso al acreedor una excepción común tiene que soportar que el resto de los deudores se la opongan a él en vía de regreso (art. 1840 CC), siempre que

aquél las conociera o, de no saberlo, hubiere notificado la demanda al resto de sus compañeros y no le hubieran hecho conocer la procedibilidad de una excepción de este tipo»[39].

En consecuencia, el pretendido responsable en la cadena de transacciones podrá oponer la falta de diligencia del empresario final a la hora de probar que el contenido o servicio digital entregado sí era conforme o que sí se suministraron los contenidos y servicios digitales, siempre que esta prueba resultara razonablemente accesible y posible al empresario final o que, no siéndolo, el pretendido responsable le hubiera provisto de los elementos y pruebas necesarias para derribar la presunción de falta de conformidad frente al consumidor (arts. 5 y 12.1-3 Directiva 2019/770).

Asimismo, el reclamado podría oponer la falta de compatibilidad del entorno digital del consumidor con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales, si el empresario final hubiera informado al consumidor sobre dichos requisitos de forma clara y comprensible antes de la celebración del contrato, aunque el empresario final no lo hubiera opuesto al consumidor (art. 12.4 Directiva 2019/770). Igualmente podría hacerlo si la causa de la falta de conformidad se debiera al entorno digital del consumidor si el empresario no hubiera cumplido con su obligación de informar precontractualmente de los requisitos que exigían los contenidos o servicios digitales en cuestión (aunque este no es más que un supuesto de ausencia de responsabilidad del sujeto pasivo de la acción de repetición).

Adicionalmente, constituirá una causa de oposición, la falta de oposición del empresario final, de la aceptación específica por parte del consumidor de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad, en los términos del art. 8.5 Directiva 2019/770, siempre que esa característica fuera la causante de la aplicación de los remedios por los que repitiera el empresario final.

Por lo demás, podrá oponer que la falta de conformidad se debía a la falta de instalación de actualizaciones por parte del consumidor, tanto cuando el empresario final hubiera informado acerca de su disponibilidad y consecuencias de la no instalación al consumidor, como cuando no lo hubiera hecho (*cfr.* art. 8.3 Directiva 2019/770). Incluso podría oponer la falta de

39. Carrasco Perera, Á.: «De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8432. Igualmente, Marín López, M. J.: «Comentario al art. 124 TRLGDCU», ob. cit., p. 1806.

cooperación con el empresario junto con la falta de cumplimiento con la carga de la prueba del consumidor (art. 12.5 Directiva 2019/770).

En relación con el remedio adoptado por el empresario final, el responsable en la cadena de transacciones podría oponer que la puesta en conformidad suponía costes desproporcionados con la finalidad de limitar la indemnización al empresario final por el menor coste de la rebaja del precio o resolución (art. 14.2 Directiva 2019/770); así como que la reducción del precio o resolución resultaban improcedentes por ser la puesta en conformidad posible y no excesivamente onerosa (art. 14.4.a Directiva 2019/770) o por ausencia de gravedad de la falta de conformidad (art. 14.4.e y 14.6 Directiva 2019/770), pudiendo limitar su responsabilidad al menor coste de la puesta en conformidad.

5. FACULTAD DE RENUNCIA

Como señala el considerando 78 de la Directiva 2019/770 «debe corresponder a los Estados miembros con arreglo a su Derecho nacional aplicable identificar a las personas en la cadena de transacciones contra las que puede dirigirse el empresario, así como las modalidades y condiciones de dichas acciones».

Así pues, queda de nuevo al arbitrio de los Estados miembros regular los pormenores de la acción entre empresarios, de suerte que algunos Estados miembros han prohibido la renuncia a la acción de repetición por parte del empresario final en sus relaciones contractuales con el resto de integrantes de la cadena de transacciones. Así, por ejemplo, lo han hecho Alemania (§ art. 327u.4 BGB) o Bélgica (art. 1701/16 l'ancien Code civil).

En el resto de Estados, como señala Beale, el derecho de recobro del empresario final dependerá en gran medida de las condiciones contractuales incluidas en los contratos pertinentes suscritos con y entre el resto de los integrantes de la cadena de distribución destinadas a incorporar la renuncia a la acción de repetición[40]. No solo eso, dependerá también de

40. Beale, H.: «Digital Content Directive And Rules For Contracts On Continuous Supply», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n.º 12, 2021, p. 105. En el mismo sentido, Arroyo Amayuelas, E.: «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 41, 2022, pp. 3-4; Kalamees, P.: «Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n.º 12, 2021, p. 141.

las condiciones contractuales que, a lo largo de la cadena de distribución, se dediquen limitar la responsabilidad, cualitativa o cuantitativamente, de dichos agentes.

6. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y *DIES A QUO*

De nuevo, la determinación de las condiciones de ejercicio de la acción de repetición es dejada al arbitrio de los Estados miembros, por lo que no queda regulada en el art. 20 Directiva 2019/770 y es necesario a recurrir a la normativa nacional de cada Estado para conocer los plazos de ejercicio de la acción de repetición.

En España, el plazo de prescripción de la acción de repetición es de un año desde que se ejecutó la medida correctora por el repitente, que puede ser el empresario final o el productor (art. 125.2 TRLGDCU).

En Alemania, el plazo de prescripción de esta acción es de seis meses que comienzan a contar desde el empresario satisfizo la reclamación del consumidor (§ 327u 2.2 BGB).

En Francia la regulación de la acción de repetición queda reconducida al Code civil (*cfr.* art. L. 224-25-30 Code de la Consommation) cuyo art. 2224 establece que las acciones personales prescribirán en un plazo de cinco años desde el día en que el titular del derecho conoció o debió conocer los hechos que le permiten ejercitar la acción.

En Portugal, el plazo de prescripción de la acción de regreso es de seis meses desde la satisfacción del derecho al consumidor y se matiza que este plazo quedará interrumpido durante el proceso judicial en que se vea inmerso el empresario final con el consumidor (art. 4.3 Decreto-Lei n.º 84/2021).

En Italia, el empresario final que hubiera respondido frente al consumidor dispone de un plazo de un año desde la ejecución de la prestación requerida por este (art. 135-quindecies Codice del consumo).

IV. DISTINTAS TRANSPOSICIONES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

1. LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA

El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril (RCL 2021, 803) fue el encargado de realizar la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771 de

forma conjunta. En particular, el art. 20 de la Directiva 2019/770 fue incorporado por su art. 17.7, por el que se modifica el Título IV sobre «garantías y servicios posventa» del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164) (en adelante, «TRLGDCU»), introduciendo dicho precepto en el apartado tercero del 125 TRLGDCU.

Concretamente, el nuevo art. 125.2 TRLGDCU intitulado «[a]cción contra el productor y de repetición» dispone que «[q]uien haya respondido frente al consumidor o usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable *de la falta de conformidad*. Dicho plazo se computará a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora». Este contenido no difiere, en lo esencial, del original art. 124.III TRLGDCU, según el cual «[q] uien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento».

Como puede observarse, en la regulación española no se introduce ninguna particularidad o regulación exclusiva relativa a los contenidos o servicios digitales, sino que se regula en globo esta acción de repetición como la ya existente en materia de faltas de conformidad. Esto guarda coherencia con el hecho de que ambas Directivas introduzcan un precepto prácticamente idéntico, como ya expusimos.

Con todo, el art. 125.2 TRLGDCU no refleja la mayor amplitud del ámbito objetivo de aplicación del art. 20 de la Directiva 2019/770/(UE), de 20 de mayo (LCEur 2019, 836) –cualquier otro «incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales (…) de una persona en fases previas de la cadena de transacciones, y no solo responsabilidad por faltas de conformidad–, pues en su art. 125.2 tan solo se refiere a la posibilidad de repetir "frente al responsable de la falta de conformidad" y no frente al responsable de cualesquiera otros incumplimientos en el suministro de contenidos o servicios digitales. Esto es consecuencia directa de haber transpuesto este precepto en sede de la regulación de las garantías de bienes».

Sin embargo, sí resuelve apropiadamente la diferenciación del sujeto activo de la acción, el empresario en la Directiva 2019/770 y el vendedor en la Directiva 2019/771, al referirse indeterminadamente a «quien haya respondido frente al consumidor o usuario», fórmula que abarca al vendedor, como a cualquier otro empresario. Si bien la utilización de estar terminología responde al hecho de que se reconozca la facultad al consumidor de reclamar directamente al productor, si le resultase excesivamente gravoso dirigirse contra el empresario final.

A mayor abundamiento, el art. 125.2 TRLGDCU no determina quién es el responsable, pese a que el art. 22 Directiva 2019/770 imponga esta tarea a los Estados miembros, de suerte que se limita a establecer el plazo de ejercicio, un año; y su *dies a quo*, el «momento en que se ejecutó la medida correctora».

2. LA TRANSPOSICIÓN ALEMANA

La transposición de la Directiva 2019/770 en Alemania se efectuó por la Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen G. v. 25. Juni 2021 BGBl. I S. 2123, 2022 BGBl. I S. 105 m. W. v. 1. Januar 2022, que modificó diversos preceptos del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

El parágrafo 327u 1 frase 1 del BGB dispone que, en caso de responder por incumplimiento en el suministro de los contenidos o servicios digitales causado por la falta de suministro del empresario que se hubiera comprometido a proporcionarle el suministro (el socio distribuidor), podrá repetir contra este último por los gastos incurridos como consecuencia de la resolución contractual practicada por el consumidor de conformidad con el § 327c 1 BGB. El plazo de prescripción de esta acción es de seis meses que comienzan a contar desde que el consumidor ejercitó su derecho (§ 327u 2.1).

También podrá repetir el empresario por los gastos soportados por la puesta en conformidad, en virtud del § 327l.1 BGB, siempre que la falta de conformidad estuviera ya presente cuando el contenido o servicio digital fue puesto a disposición del empresario por parte del socio comercial o derivara del incumplimiento de la obligación de prestar actualizaciones, imputable al socio comercial (§ 327 u 1 frase 2 BGB). El plazo de prescripción de esta acción es de seis meses que comienzan a contar desde el empresario satisfizo la reclamación del consumidor (art. 327u 2.2 BGB).

A estos efectos, resulta verdaderamente importante la extensión de la presunción de falta de conformidad –inversión de la carga de la prueba de la preexistencia de la falta de conformidad– durante de un año desde la entrega (en suministros puntuales) o del tiempo de suministro (en suministros continuos) del § 327k 1 y 2 del BGB a las reclamaciones entre empresarios que, de lo contrario, no estarían afectadas por estas disposiciones, corriendo a cargo del empresario que pretendiera la acción de repetición probar que la falta de conformidad estaba ya presente cuando el contenido o servicio digital fue puesto a su disposición por parte el socio comercial (§ 327u 3 BGB). Además, el § 327u.4 BGB prohíbe la renuncia a este derecho de repe-

tición por parte del empresario final con carácter previo al nacimiento del derecho de repetición.

Finalmente, el § 327u.6 BGB reconoce la facultad de regreso de cualquier empresario en la cadena de distribución respecto de su respectivo socio contractual, siempre que ostenten la condición de empresarios. Es decir, se exige a relación contractual entre el empresario que repite y el empresario frente al cual lo hace, de forma que, si en la cadena de distribución participan, por ejemplo, tres empresarios, de suerte que E1 tiene relación contractual con E2, y E2 tiene relación contractual con E3, pero E3 no tiene relación contractual con E1, si E3 responde frente al consumidor, E3 podrá repetir frente a E2 incluso cuando la causa última provenga de E1, pero no podrá repetir frente a E1. Ahora bien, E2, una vez que ha asumido la responsabilidad frente a E3, puede repetir frente a E1.

Este era el régimen vigente en relación con la acción de repetición por la responsabilidad de las faltas de conformidad en la compraventa de bienes. Ahora bien, este régimen de vinculación contractual preceptiva puede no parece el ideal, ya que puede provocar que en ocasiones un integrante de la cadena de distribución tenga que asumir la responsabilidad por hechos que le son inimputables. Esto sucederá cuando uno de los empresarios en la cadena resulte insolvente, de forma que no se pueda proseguir en la cadena contractual en la búsqueda de resarcimiento frente al responsable último y original. Por otra parte, bastará con que el empresario inmediatamente anterior carezca de culpa respecto al incumplimiento o falta de conformidad en cuestión, para que pueda eximirse de responder frente al empresario final vetando así las posibilidades de regreso de este último.

3. LA TRANSPOSICIÓN FRANCESA

L'Ordonnance n.º 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques modificó el code de la consommation para transponer la Directiva 2019/770.

En concreto, el nuevo art. L. 224-25-30 establece que el empresario podrá repetir contra cualquier persona en la cadena de transacciones comerciales, de conformidad con las disposiciones del Código Civil[41]. Además, el art.

41. Art. L. 224-25-30. «Une action récursoire peut être exercée par le professionnel ayant fourni le contenu numérique ou le service numérique, à l'encontre de toute personne

L. 224-25-30 matiza que lo anterior es igualmente aplicable a los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales, es decir, la facultad de repetición no está limitada a integrantes de la cadena de suministro que ostenten la condición de empresario.

4. LA TRANSPOSICIÓN BELGA

La transposición fue llevada a cabo por la Loi modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre VI bis dans le livre III de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique. En concreto, su art. 11 introdujo en el Libro III del Código Civil un nuevo Título VI bis dedicado a la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

Dentro de este nuevo Título, se encuentra el art. 1701/16, según el cual cuando el profesional responda frente al consumidor por una falta de suministro o de conformidad, por acto u omisión imputable a cualquier persona integrante de la cadena contractual, este tendrá derecho a ejercitar una acción de repetición instando la responsabilidad contractual contra el o los responsables intervinientes en dicha cadena contractual. Asimismo, el precepto prohíbe la renuncia a este derecho de repetición al establecer que los integrantes de la cadena contractual no pueden oponer ninguna cláusula contractual destinada a limitar o excluir su responsabilidad frente al empresario[42].

5. LA TRANSPOSICIÓN PORTUGUESA

La transposición se efectuó por el Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, Regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770.

---

en amont dans la chaîne de transactions commerciales, conformément aux dispositions du code civil».

42. «Art. 1701/16.Lorsque la responsabilité du professionnel est engagée à l'égard du consommateur du fait d'un défaut de fourniture du contenu numérique ou du service numérique ou d'un défaut de conformité résultant d'un acte ou d'une omission imputable à une personne située en amont dans la chaîne de contrats, le professionnel a le droit d'exercer un recours fondé sur la responsabilité contractuelle contre la ou les personnes responsables intervenant dans la chaîne de contrats sans que puisse lui être opposé une clause contractuelle ayant pour effet de limiter ou d'écarter cette responsabilité».

En este caso, su art. 41.2 reconoce la facultad de repetición al empresario que hubiera respondido frente al consumidor por una falta de prestación de los contenidos o servicios digitales o por una falta de conformidad resultante de un acto u omisión de una persona en las fases previas de la cadena contractual, frente a la persona o personas responsables en la cadena de distribución.

Por otra parte, el art. 42 establece que el empresario tendrá esta acción de regreso durante cinco años desde la entrega del bien por parte del profesional demandado (art. 42.2), así como que el plazo de ejercicio de la acción es de seis meses a contar desde la satisfacción del derecho al consumidor –dentro de los cinco años apuntados– (art. 42.3). Ahora bien, este plazo de prescripción se suspende durante el proceso judicial en que se vea involucrado el empresario.

Lo más llamativo es que se reconoce una suerte de solidaridad en la responsabilidad de forma que, si el empresario fuera demandado por el consumidor, podrá provocar la intervención del agente responsable en la cadena de distribución, tratándose de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (art. 42.1, en relación con el art. 317 de la Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, de Código de Processo Civil).

6. LA TRANSPOSICIÓN ITALIANA

La transposición italiana se produjo por medio del Decreto legislativo 4 novembre 2021 n. 173, Attuazione della direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, por el que se modificó el Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, introduciendo un nuevo Capítulo I-bis en el título III de su parte IV.

Así, el nuevo art. 135-*quindecies*[43] del Código de consumo italiano reconoce el derecho de regreso al empresario que hubiera respondido frente al consumidor por una falta de suministro o una falta de conformidad en la

43. «1. Il professionista, quando e responsabile nei confronti del consumatore a causa della mancata fornitura di un contenuto digitale o di un servizio digitale o per l'esistenza di un difetto di conformita» imputabile ad un'azione o ad un'omissione di una persona nell'ambito dei passaggi precedenti della medesima catena contrattuale distributiva ha diritto di regresso nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili facenti parte della suddetta catena distributiva.

prestación de los servicios o contenidos digitales, imputable a una acción u omisión de alguna persona integrante en la cadena de distribución, contra dicha persona o personas. En particular, dispone de un plazo de un año desde la adopción de la medida correctora para ejercitar la acción de regreso para «obtener la restitución de lo abonado» frente al o los responsables. Por otra parte, no exige relación contractual directa entre el empresario y el sujeto pasivo de la acción de regreso, ni se exige que el responsable ostente la condición de empresario. Nada se dice sobre la facultad de renuncia a este derecho.

V. CONCLUSIONES

La acción de repetición estipulada en el art. 20 de la Directiva 2019/770 está regulada de forma excesivamente abierta, dejando gran libertad a los Estados miembros para configurarla, lo que produce una gran disparidad de regímenes jurídicos que dificultan la determinación de los derechos del vendedor final, como ya sucediera respecto a la acción de regreso del art. 4 de la Directiva 1999/44 y sucede con la acción de repetición del art. 18 de la Directiva 2019/771.

Naturalmente, la finalidad de la Directiva 2019/770 es proteger a los consumidores y usuarios y no propiamente a los empresarios, de ahí que la regulación de esta acción, que es materia puramente mercantil, no haya quedado amparada por el principio de armonización máxima. Con todo, habría resultado deseable que, pese a no ser su objetivo, hubiera introducido claridad y homogeneidad en los requisitos de ejercicio de esta acción pues ello redundaría a la seguridad jurídica del mercado único.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Un nuevo Derecho de obligaciones: La Reforma 2002 el BGB», *ADC*, vol. LV, III, 2002, pp. 1133-1227.

ÁLVAREZ MORENO, M.ª T.: «La garantía comercial y la figura del productor en la venta de bienes de consumo», en GÓMEZ LAPLAZA, M.ª C.: *Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 81-129.

2. «Il professionista che abbia ottemperato ai rimedi esperiti dal consumatore puo agire, entro un anno dall'esecuzione della prestazione, in regresso nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili per ottenere la reintegrazione di quanto prestato».

ARNAU RAVENTÓS, L.: «Remedios por la falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 796-807.

ARROYO AMAYUELAS, E.: «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 41, 2022, pp. 1-32.

BEALE, H.: «Digital Content Directive And Rules For Contracts On Continuous Supply», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n.º 12, 2021, pp. 96-110.

BEALE, H.: «The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales», *Revista de internet, derecho y política*, n.º 23, 2019, p. 3-20.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentarios a los arts. 25, 26 y 27», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ Y SALAS (Dirs.), Editorial Madrid, 1992.

BERESKA, C.: «Der neue Lieferantenregress nach §§ 478, 479 BGB. Eine Arbeitshilfe», *ZGS*, 2002, pp. 59-70.

BITTNER, S.; ROTT, P.: «Direct product liability and the final seller's right of redress in Germany» en EBERS; JANSSEN; MEYER (Eds.) *«European perspective on producers' liability. Direct producers' liability for non-conformity and the sellers» right of redress*, Sellier European law publishers, Munich, 2009, p. 333-341.

BRIDGE, M.: «Article 4 and the right of redress», en BIANCA, GRUNDMANN (Dirs.) *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia, pp. 179-210.

BRÜGGEMEIER, G.: «Zur Reform des deutschen Kaufrechts: Herausforderungen durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie», *Juristen Zeitung*, n.º 11, 2000, 529-538.

CANNARSA, M.; MONRÉTEAU, O.: «The French "action directe": the justification for going beyond privity» en EBERS; JANSSEN; MEYER (Eds.) *«European perspective on producers' liability. Direct producers'» liability for non-conformity and the sellers' right of redress»*, Sellier European law publishers, Munich, 2009, p. 311-323.

CARRASCO PERERA, Á.: «De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8361-8433.

CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E.; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo», *Estudios sobre Consumo*, n.º 52, 2000, pp. 125-146.

COLOMBI CIACCHI: «Art. 1519-quinquies (diritto di regresso)», en PATTI (Ed.) Commentario sulla vendita dei beni di consumo, Giuffrè, Milán, 2004, p. 292-330.

COSTAS RODAL, L.: «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2004, 2045-2080.

DÍEZ SOTO, M: «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12960-13057.

EBERS, M.; JANSSEN, A.; MEYER: «Comparative report», en EBERS; JANSSEN; MEYER (Eds.) «*European perspective on producers' liability. Direct producers' liability for non-conformity and the sellers» right of redress*, Sellier European law publishers, Munich, 2009, pp. 3-77.

ERNST, W.; GSELL, B.: «Kaufrechtsrichtlinie und BGB: Gesetzentwurf für eine "Kleine" Lösung bei der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie», *Zeitschrift für Wirtschaftsre cht*, n.º 33, 2000, p. 1415-1427.

GARCÍA RUBIO, M.ª P.: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», La Ley, n.º 5747, 2003, pp. 1529-1537.

GARCÍA VICENTE, J. R.: «La acción contra el productor: el artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, 2007, fasc. I, pp. 33-66.

GÓMEZ BLANES, P.: «La *condictio* del regreso por pago de tercero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 716, 2009, pp. 2821-2862.

GRUNDMANN, S.; BIANCA, C.: *EU-Kaufrechts-Richtlinie, Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2002.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2004.

KALAMEES, P.: «Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n.º 12, 2021, pp. 131-142.

LETE ACHIRICA, J.: «Acción contra el productor y de repetición», en ZUMAQUERO GIL; CAÑIZARES LASO (Dirs.) *Comentarios al Texto*

Refundido de la Ley de consumidores y usuarios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1817-1824.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los distintos Estados miembros*, Instituto Nacional del Consumo, 2004.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al art. 124 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Dir.) Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007), Aranzadi, Navarra, 2015.

MATTHES, J.: «Der Herstellerregress nach § 479 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ausgewählte Probleme», *NJW*, 2002, pp. 2505-2511.

MILÀ RAEL, R.: «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity», *Revista de internet, derecho y política*, n.º 24, p. 50-63.

MOTA PINTO, P.: «Direct producers' liability and the sellers' right of redress in Portugal», en EBERS; JANSSEN; MEYER (Eds.) «*European perspective on producers' liability. Direct producers' liability for non-conformity and the sellers» right of redress*, Sellier European law publishers, Munich, 2009, pp. 491-505.

MOTA PINTO, P.: «O dereito de regresso do vendedor final de bens de consumo», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2002, pp. 149-199.

ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, 2002.

REICH, N.; MICKLITZ, H. W.: *Europäisches Verbraucherecht*, Baden-Baden, 2003, § 17.21.

ROCA TRÍAS, E.: «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 51, n.º 1, 1998, pp. 7-40.

RUTTEN, S.; STRAETMANS, G.; WUYTS, D.: «Rights of redress and direct producer's liability in consumer sales in Belgium», en EBERS; JANSSEN; MEYER (Eds.) «*European perspective on producers' liability. Direct producers' liability for non-conformity and the sellers» right of redress*, Sellier European law publishers, Munich, 2009, pp. 195-211.

SACHSEN GESSAPHE, A. K: «Der Rückgriff des Letztverkäufers, neues europäisches und deutsches Kaufrecht», *RIW*, 2001, 721 (10).

SCHUBEL, C.: «Mysterium Lieferkette», *ZiP*, 2002, pp. 2061-2071.

SCHWARTZE, A.: «Sachprobleme für die Umsetzung aus Genese, Inhalt und Dogmatik der Richtlinie über Verbraucherkäufe», en SCHERMAIER (Ed.) *Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, Sellier European Law Publishers, 2003, p. 127-147.

SEIN, K.; SPINDLER, G.: «The new Directive on contracts for the supply of digital content and digital services: scope of application and trader's obligation to supply (part 1)», ERCL, n.º 15 (3), 2019, pp. 257-279.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: «La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 16, 2006, pp. 121-144.

TROIANO, S.; BISAZZA, G.: «Direct producers' liability and the final seller's right of redress n Italy en EBERS; JANSSEN; MEYER (Eds.) *«European perspective on producers' liability. Direct producers' liability for non-conformity and the sellers» right of redress*, Sellier European law publishers, Munich, 2009, pp. 391-417.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, 2004.

WHITTAKER, S.: *Liability for Products. English Law, French Law, and European Harmonisation*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

ZACCARIA, A.; DE CRISTOFARO, G.: *La vendita dei beni di consumo*, Cedam, 2002.

XI

Carácter imperativo de las normas de protección de los consumidores en la Directiva 770/2019 materia de suministro de contenidos y servicios digitales

MIREIA ARTIGOT GOLOBARDES
Investigadora Ramón y Cajal[1]
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: I. EL INHERENTE CONFLICTO ENTRE DERECHO IMPERATIVO Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EUROPA. II. EL ARTÍCULO 22 DE LA DIRECTIVA DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y SUS LÍMITES. *1. La autonomía privada de las partes en la delimitación contractual de la noción de conformidad prevista en el artículo 8. 2. La disponibilidad contractual de la carga de la prueba.* III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIRECTIVA 2019/770 EN MATERIA DE CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES (DCSD). IV. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

1. Investigadora Ramón y Cajal del departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Tenure-track del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra y Teaching Fellow del Europaeum Program liderado por la Universidad de Oxford.

I. EL INHERENTE CONFLICTO ENTRE DERECHO IMPERATIVO Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EUROPA

La protección del consumidor, su acceso y participación en el mercado, su bienestar, su posición como agente soberano y capaz de tomar decisiones informadas, racionales y de acuerdo con sus preferencias, así como proporcionarle instrumentos jurídicos para exigir judicialmente el respecto de sus derechos es uno de los elementos fundamentales para asegurar un buen funcionamiento del mercado interior europeo, pilar fundamental de la Unión Europea.

El artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[2] (en adelante, TFUE) prevé que la Unión promoverá los intereses de los consumidores y les proporcionará un alto nivel de protección a través de proteger su salud, seguridad e intereses económicos, así como su derecho a la información, educación y organización para salvaguardar sus intereses. El segundo apartado del mismo artículo establece las medidas que la Unión deberá adoptar para alcanzar dichos objetivos. En primer lugar, la Unión deberá adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas relativas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior y en segundo lugar, la Unión deberá adoptar medidas que apoyen, complementen y supervisen las políticas llevadas a cabo por los Estados Miembros.

El funcionamiento del mercado interior es una competencia compartida entre la Unión Europea y lo Estados miembros[3] y su articulación se estructura en dos niveles distintos[4]. Por un lado, la configuración de la protección del consumidor como principio rector de la actividad tanto normativa como de actuación de los poderes públicos y que a su vez limita su directa exigibilidad por parte de sus destinatarios. La concreción y desarrollo del contenido de dicho principio rector se realiza, en un segundo nivel, a través de actos normativos adoptados en base al artículo 169 TFUE que sí son directamente exigibles por parte de los consumidores[5].

---

2. Artículo 169 TFUE, *Official Journal 115, 09/05/2008 P. 0051 – 0052.*
3. Artículo 4 del TFUE, *Official Journal 115, 09/05/2008 P. 0051 – 0052.*
4. Véase DOUGAN, M., «Minimum Harmonization and the Internal Market», *Common Market Law Review*, N.º 37, 2020, pp. 853-885. explicando que la armonización –en este caso, minima– es una parte esencial del desarrollo del derecho europeo.
5. Véase ZDRAVEVA, N., «Digital content contracts and consumer protection: status quo and ways further», *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, N.º 5, 2021,

Las limitaciones de la configuración jurídica de la protección del consumidor contrastan con la importancia que tiene su protección y bienestar para el buen funcionamiento del mercado interior europeo. El liderazgo normativo y político de las autoridades comunitarias en materia de funcionamiento del mercado interior ha resultado de especial interés por parte del TJUE que ha defendido en su abundante jurisprudencia una interpretación a la vez amplia y exigente de la normativa en materia de protección del consumidor de forma que se asegure su efectividad.

El legislador europeo, en ejercicio de su competencia con base en el artículo 169 TFUE, ha ejercido su competencia en materia de mercado interior a través de regular de forma intensa las condiciones de acceso al mercado de productos y servicios[6], las prácticas entre los participantes en el mercado[7], las relaciones contractuales entre los participantes del mercado[8] y, finalmente, los remedios disponibles para los participantes en el mercado en caso de incumplimiento contractual o de daños[9].

La creciente legislación europea en materia de protección al consumidor, aunque en su mayoría de derecho privado, se ha configurado como un régimen imperativo que ha limitado de forma significativa, sino eliminado,

---

pp. 398-421 en relación a la necesidad de máxima harmonización para asegurar condiciones uniformes para el comercio transfronterizo. También TWIGG-FLESNER, C., «Introduction: EU consumer and contract law at a crossroad?» en TWIGG-FLESNER, C. (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward-Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 1-12 y, FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las directivas (UE) 2019/770 Y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, N.º 4, 2021, pp. 170, 187 y 192.

6. Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, DO L 11 de 15.1.2002, p. 4-17 (en vigor hasta diciembre 2024) y el Reglamento (UE) 2023/988 relativo a la seguridad general de los productos, DO L 135 de 23.5.2023, p. 1-51 (en vigor a partir de diciembre de 2024).
7. Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, DO L 149 de 11/06/2005, p. 22-39.
8. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Diario Oficial n.º L 095 de 21/04/1993 p. 0029-0034.
9. Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, DO L 136 de 22/05/2019, p. 28-50 y la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, Diario Oficial n.º L 210 de 07/08/1985 p. 0029-0033 (actualmente en proceso de profunda revisión).

la autonomía privada de los participantes en el mercado[10]. La asimetría contractual entre profesionales y consumidores ha sido el fallo de mercado que ha justificado una intervención en la autonomía privada de las partes. Esta asimetría contractual se concreta en la asimetría informativa respecto la cantidad y la calidad del objeto del contrato, así como en su capacidad negocial para influir en el diseño y contenido del contrato que regula la transacción[11].

La intersección entre la necesidad de asegurar condiciones uniformes en el mercado interior y a su vez garantizar un nivel elevado de protección al consumidor en cualquier lugar del mercado europeo ha resultado en un diseño normativo que combina una armonización de la protección al consumidor con la imperatividad del régimen jurídico que articula. La directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales, objeto del presente comentario, ilustra esta dicotomía[12].

II. EL ARTÍCULO 22 DE LA DIRECTIVA DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y SUS LÍMITES

El legislador europeo frecuentemente ha optado por asegurar un buen funcionamiento del mercado interior y a su vez proporcionar un nivel alto

10. Véase MICHAEL, D., ob. cit., pp. 853-885 presentando la interacción entre las normas de derecho europeo como un sistema de gobernanza multi-nivel con un techo legislativo en los Tratados, condiciones mínimas en las directivas de mínima armonización y el derecho de los estados miembros entre los dos niveles. También METZGER, A., «A Market Model for Personal Data: State of Play Under the New Directive on Digital Content and Digital Services», en LOHSSE S., SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* Hart-Baden-Nomos, Oxford, 2020, pp. 25-45.

11. Véase HELBERGER, N., LYNSKEY, O., MICKLITZ, H-W., *et al.*, *EU Consumer Protection 2.0; Subtitle Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, BEUC, Bruselas, 2021, afirmando que la doctrina de la información asimétrica entre las partes contractuales en contratos con consumidores tiene el origen –y sustituyó– a la doctrina de la asimetría negocial.

12. Véase también el considerando [8] relativo a la armonización como instrumento como instrumento para proporcionar un elevado nivel de protección al consumidor y el artículo 4 de la Directiva 2019/770 de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *DO L 136 de 22.5.2019, pp. 1-27* (en adelante DCSD). Véase también MILÀ RAFEL, R., «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?» *Revista d'Internet Dret I Política*, N.º 23, 2016, pp. 1-14 comentando la Propuesta de Directiva de Suministro y contenidos digitales y su efectividad como instrumento para la protección del consumidor.

de protección al consumidor a través de regímenes jurídicos imperativos que a menudo han limitado de forma, a veces significativa, la autonomía privada contractual de los participantes del mercado[13]. La opción del legislador comunitario en el ámbito de protección al consumidor se presenta como razonable: la inherente asimetría de información y negociación entre profesionales y consumidores requiere de intervenciones jurídicas en las relaciones contractuales entre privados que aseguren el mayor equilibrio posible entre las partes. El legislador comunitario frecuentemente ha entendido que la asimetría estructural entre profesionales y consumidores en el mercado requería una intervención a través de un control contractual o a través de la imposición de un régimen jurídico imperativo – aunque sea un régimen de armonización de mínimos[14].

La imperatividad del régimen jurídico europeo en materia de derecho al consumidor no es la excepción, sino la norma[15]. Coherente con el modelo de protección al consumidor, la DCSD establece en su artículo 22 la imperatividad del régimen jurídico que define[16]. Esta imperatividad funciona como un nivel de protección de suelo: los derechos de los consumidores previstos en la directiva no serán disponibles mientras que las obligaciones de los profesionales lo serán siempre que la desviación del régimen imperativo resulte en una mejora en la protección y, por tanto, previsiblemente en el bienestar del consumidor.

La DCSD abarca contratos entre empresarios y consumidores por el suministro de contenidos digitales –por ejemplo, datos, programas informáticos, audio, vídeo– y la prestación de servicios digitales – por ejemplo, servicios de computación en la nube, redes sociales e intercambio de datos. Por otro lado, la DCSD prevé distintos tipos de contraprestación: por un lado, monetaria –precio– o no monetaria – en datos personales. La DCSD es de armonización máxima, es decir, los estados miembros no pueden adoptar

13. Para una visión crítica de la armonización del derecho contractual europeo a través de normas imperativas a través del análisis del contrato de compraventa de consumo véase WAGNER, G., «Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights», *Erasmus Law Review*, N.º 1, 2010, pp. 47-70.
14. El carácter imperativo del régimen jurídico está en línea con lo que prevé el artículo 7(1) de la directiva derechos de los consumidores.
15. WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 47-70.
16. Véase SAJN, N., «Contracts for the supply of digital content and digital services», European Parliament, 15-07-2019 y Manko, R. «Contracts for supply of digital content A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive», PE 582.048 (2016).

normas distintas –más o menos favorables– a las previstas en la directiva. Además, el artículo 22 de la directiva, objeto del presente comentario, establece la imperatividad del régimen jurídico –*ius cogens*– de forma que no es posible disponer del régimen jurídico de forma que pueda ser perjudicial para el consumidor[17].

El artículo 22 de la DCSD, en su primer apartado, prevé que cualquier diferencia, modificación, o exclusión de los derechos del régimen jurídico establecido por la directiva no serán vinculantes para el consumidor a no ser que, según prevé el segundo apartado del mismo artículo, dichas modificaciones del régimen previsto por la directiva mejoren su bienestar. Así mientras el primer apartado del artículo 22, establece la obligatoriedad del régimen jurídico, el segundo apartado, prevé las posibles modificaciones de régimen jurídico, siempre que estas sean en beneficio del consumidor[18].

El artículo 22 no prevé la indisponibilidad de las normas de forma absoluta y permite en su primer apartado a las partes del contrato separarse del régimen jurídico previsto en la directiva en dos supuestos: un primer supuesto se refiere a la falta de conformidad del objeto o servicio objeto del contrato. Cuando el oferente profesional conozca la falta de conformidad y también la conozca el consumidor o cuando el consumidor haya informado al oferente sobre dicha falta de conformidad será posible modificar el régimen jurídico previsto por la directiva. El segundo supuesto que permite a las partes desviarse del régimen jurídico de la directiva se refiere a situaciones en las que el objeto contractual ha experimentado una modificación respecto a la pactada inicialmente, por decisión del empresario, al amparo del art. 19 DCSD.

La imperatividad del régimen jurídico de la DCSD encuentra aplicación en cláusulas individualmente negociadas en contratos con consumidores, y también en condiciones generales de la contratación.

---

17. *Contracts for the supply of digital content and digital services*, EU Parliament Legislation in Progress, Briefing (2018). Véase también SAJN, N., ob. cit., y MANKO, ob. cit. Véase Proposal for a directive on contracts for the supply of digital content BEUC preliminary position, 2016 (disponible online en (https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/102261/BEUC%20-%20Position%20paper.pdf) apoyando la estructura normativa de la Propuesta de Directiva de suministros y contenidos digitales posteriormente incorporada en el texto final de la Directiva.
18. MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», (2019), *Journal of European Consumer and Market Law*, N.º 8, 2019, pp. 194-201.

La falta de conformidad o la modificación del objeto contractual son supuestos en los cuales las partes podrán alterar el régimen jurídico previsto en la Directiva, para así reorganizar sus acciones, derechos y obligaciones. Así, cuando la transacción presente un elemento subóptimo, como sería la falta de conformidad o la modificación del objeto contractual, las partes del contrato podrán maximizar el excedente contractual a través de reorganizar sus acciones, derechos y obligaciones y restructurar la distribución de dicho excedente, modificando el régimen previsto en la Directiva.

1. LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LAS PARTES EN LA DELIMITACIÓN CONTRACTUAL DE LA NOCIÓN DE CONFORMIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8

La conformidad del contenido o servicio digital está configurada en el artículo 8 de la directiva que establece criterios objetivos y subjetivos de conformidad[19].

El artículo 8, ya comentado en el presente volumen[20], detalla los criterios requisitos objetivos de conformidad y distingue entre el suministro del contenido o servicio digital y de sus actualizaciones.

Respecto al contenido o servicio digital más allá del mantenimiento de la conformidad se puede modificar siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 19 de la DCSD[21] y el consumidor haya sido previamente informado.

---

19. Artículo 8 de la directiva DCSD. Véase NIKOLINA, S., «Contracts for the supply of digital content and digital services», European Parliament, 15-07-2019, cit.

20. Véase el capítulo del presente volumen a cargo de GÓMEZ POMAR.

21. A*rtículo 19* – Modificación de los contenidos o servicios digitales.
1. Cuando el contrato establezca que el suministro de los contenidos o servicios digitales, o el acceso a estos por parte del consumidor, se haya de garantizar durante un período de tiempo, el empresario podrá modificar los contenidos o servicios digitales más allá de lo necesario para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales con arreglo a los artículos 7 y 8, si se cumplen los siguientes requisitos:
a) el contrato permite tal modificación y proporciona una razón válida para realizarla;
b) tal modificación se realiza sin costes adicionales para el consumidor;
c) el consumidor es informado de forma clara y comprensible acerca de la modificación, y
d) en los casos contemplados en el apartado 2, se informa al consumidor, con una antelación razonable y en un soporte duradero, de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato con arreglo al apartado 2, o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación con arreglo al apartado 4.

El artículo 19 prevé que las modificaciones del contenido o servicio digital serán admisibles siempre que el contrato lo permita y se proporcione una razón válida para realizarlas, que no supongan costes adicionales para el consumidor y sobre las que el consumidor haya recibido información clara y comprensible.

Por otro lado, cualquier desviación de los requisitos objetivos de conformidad previstos en los apartados primero y segundo del artículo 8[22] solo será admisible si el consumidor fue específicamente informado con anterioridad a la conclusión del contrato y éste aceptó dicha desviación de forma expresa y separada a la conclusión del contrato[23]. Las posibles faltas de conformidad resultantes de las limitaciones impuestas por el respeto a los derechos de terceros, como podrían ser la propiedad intelectual[24] también son disponibles, siempre que el consumidor haya sido informado con anterioridad a la celebración del contrato[25]. En estos casos, el consumidor podrá exigir los

---

2. El consumidor tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es mínimo. En tal caso, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato sin cargo alguno en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior.

3. En caso de que el consumidor resuelva el contrato de conformidad con el apartado 2 del presente artículo, los artículos 15 a 18 se aplicarán en consecuencia.

4. Los apartados 2 y 3 del presente artículo no se aplicarán si el empresario ha dado al consumidor la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación, y los contenidos o servicios digitales siguen siendo conformes.

22. Los apartados primero y segundo del artículo 8 de la directiva establecen las condiciones objetivas de conformidad. Un su primer apartado el artículo 8 establece que los productos serán conformes cuando sean aptos para los fines a los que normalmente se destinen los contenidos o servicios digitales (apartado [a]) y presenten la cantidad y calidades de funcionamiento que presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar (apartado [b]). El segundo apartado del artículo 8 prevé que el empresario deberá velar por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad d los contenidos o servicios digitales durante el periodo contractual o que el consumidor pueda razonablemente esperar. *Vid.* en detalle el Capítulo de GÓMEZ POMAR.
23. Art 8(5) y siguientes de la DSCD.
24. Artículo 10 de la directiva prevé que «*Cuando una restricción derivada de la vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, impida o limite el uso de los contenidos o servicios digitales de conformidad con los artículos 7 y 8, los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 14, salvo que el Derecho nacional prevea en estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales.*»
25. Véase el Recital [53] de la Directiva DSCD.

derechos previstos en el artículo 14 de la Directiva[26], a no ser que el Estado miembro prevea la rescisión o nulidad de la cláusula contractual[27].

Por otro lado, la conformidad del contenido o servicio digital es exigible a lo largo de todo el período de vigencia del contrato[28]. Las partes, por lo tanto, no podrán pactar un período de conformidad inferior a la duración del contrato[29]. Sin embargo, las partes del contrato podrán acordar que la versión del contenido o servicio digital objeto del contrato no sea la última versión disponible al mercado. El hecho que el contenido servicio digital objeto del contrato no sea la versión más actualizada que existe en el mercado, no constituirá una falta de conformidad[30].

Como puede observarse, el carácter imperativo del régimen jurídico no excluye totalmente la autonomía privada. El artículo 22 configura el régimen jurídico de la directiva como un límite mínimo al nivel de protección que se debe proporcionar al consumidor, pero prevé que, en ejercicio de la autonomía privada, será posible proporcionar al consumidor por vía contractual un nivel de protección superior al previsto en la Directiva y permite la renegociación entre las partes contractuales en aquellos casos en los que las acciones se hayan desviado de los inicialmente previstos en el contrato.

2. LA DISPONIBILIDAD CONTRACTUAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba de conformidad del contenido y servicio digital a las condiciones objetivas y subjetivas de conformidad acordadas recae en el profesional[31].

Sin embargo, en casos en los que sea necesario desde el punto de vista técnico la cooperación del consumidor para verificar la conformidad objetiva

---

26. Véase el capítulo del presente volumen a cargo de MILÀ RAFEL.
27. Artículo 10 de la DSCD.
28. Artículo 8(4) de la DSCD. Véase también el artículo 66bis.1 del TRLGDCU.
29. En derecho español el artículo 120.2 del TRLGDCU prevé que, si el suministro se garantiza durante un período inferior a tres años, la responsabilidad del profesional por falta de conformidad será de tres años a partir de la entrega. Si el suministro debe realizarse durante un periodo superior a tres años, el empresario será responsable por cualquier falta de conformidad que se produzca o manifieste durante todo el periodo que haya de suministrarse. Véase FERRER GUARDIOLA, J. A., ob. cit. pp. 161-226.
30. Artículo 8(6) de la DSCD.
31. Véase el Recital [56] de la Directiva DSCD.

y subjetiva del contenido o servicio digital, la carga de la prueba se puede ver modificada siempre que el consumidor haya sido debidamente informado con anterioridad a la celebración del contrato[32]. La falta de cooperación por parte del consumidor a que el profesional verifique la conformidad del contenido o servicio digital podría resultar en una inversión de la carga de la prueba bajo la cual sería el consumidor al que correspondiera probar la falta de conformidad.

Como puede observarse, la disponibilidad de los requisitos de conformidad de los mecanismos de exigibilidad es muy limitada dado que el régimen jurídico tiene por objetivo proteger al consumidor y asegurarse que recibe información y tiene oportunidad de aceptar cualquier modificación que pudiera resultar en un perjuicio[33].

III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIRECTIVA 2019/770 EN MATERIA DE CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES (DCSD)

La naturaleza imperativa del régimen europeo de protección al consumidor y en el caso que nos ocupa de la DSCD no se encuentra libre de crítica[34]. La adopción de un régimen imperativo conlleva una limitación, y en algunos casos, una virtual eliminación de la autonomía privada. Esta situación sus-

32. Art 12(5) DSCD.

33. Véase METZGER, A., ob. cit, pp. 25-45, argumentando que la DCSD tiene un enfoque en una de las partes del mercado, los consumidores porque deja de su ámbito de aplicación los derechos de los profesionales y los eventuales deberes de los consumidores y anticipando que la directiva de suministro de contenido y servicios digitales resultará en una mejora de los mercados de datos personales que tanto el legislador europeo como los legisladores de los estados miembros deberán regular.

34. MICKLITZ, H-W., «The Full Harmonization Dream», *Journal of European Consumer and Market Law*, N.º 11, 2022, p. 119 cuestionando que la armonización sea el mecanismo más efectivo para maximizar la protección al consumidor y considerando que los distintos enfoques y técnicas de transposición y de implementación del derecho europeo limitan la efectividad de la armonización del derecho europeo. Destaca además las dificultades de monitorización del cumplimiento del derecho europeo por parte de los estados miembros. También KARAMPATZOS, A., *Private law, nudging and behavioral economic analysis: the mandated-choice model*, Routledge, Londres, 2020, que considera que la limitación de la autonomía privada del consumidor por parte del legislador comunitario a través de normas imperativas responde a un modelo paternalista que debería reconsiderarse.

cita una importante paradoja: el legislador europeo regula relaciones entre privados de forma que el ámbito de autonomía privada entre ellos resulta significativamente reducido. La dicotomía que plantea la imperatividad de un régimen jurídico en Derecho privado resulta en la contradicción de regular el Derecho privado a través de instrumentos de naturaleza imperativa, de forma que la autonomía privada de las partes sujetas a dicho régimen sea limitada, y en algunos casos, inexistente[35].

La compleja, extensa y crecientemente importante regulación de Derecho privado por parte del legislador europeo se desvincula de principios fundamentales como es la autonomía privada de las partes y concretamente del diseño y contenido de las relaciones contractuales que regulan sus interacciones en el mercado[36]. El legislador comunitario intenta equilibrar el necesario buen funcionamiento del mercado interno europeo con la autonomía privada de los participantes en dicho mercado. Sin embargo, la naturaleza, estructura y contenido de las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los participantes en el mercado interno europeo, limitan de forma significativa la autonomía privada de las partes.

Esta limitación de la autonomía privada se articula en dos niveles diferentes: en primer lugar, a través del control *ex post* de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. En segundo lugar, a través de la imperatividad del régimen jurídico que regula un determinado contexto transaccional. En el primer caso, las partes gozan de una autonomía privada, incompleta, pero relativamente mayor que en el segundo.

Un primer nivel de limitación de la autonomía privada se encuentra en la regulación europea relativa al control de las cláusulas no negociadas

35. El modelo imperativo adoptado por el regulador europeo en materia de protección al consumidor ha recibido muchas críticas por su aplicación general sin tener en cuenta el contexto transaccional, su necesidad y eventualmente su proporcionalidad. Véase KARAMPATZOS, A., ob. cit.

36. El extremo opuesto de la imperatividad del régimen jurídico contractual sería la personalización contractual, con posibles mejoras de la eficiencia contractual pero también con retos en cuanto a la protección al consumidor. Véase BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., «Personalizing Mandatory Rules in Contract Law», *University of Chicago Law Review*, N.º 86, 2020, pp. 255-282.

establecido por la directiva de cláusulas abusivas[37]. La directiva 93/13[38] sobre cláusulas abusivas establece los controles de transparencia de las condiciones generales del contrato con consumidores. La Directiva establece un control de transparencia sobre cláusulas predispuestas que no definen el objeto principal del contrato[39] y las considera abusivas cuando éstas generan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato en detrimento del consumidor incompatible con las exigencias de la buena fe[40]. Si la cláusula se considera abusiva, ésta no será vinculante para el consumidor[41] pero el resto de contrato, si mantiene su entidad jurídica y económica, seguirá siendo vinculante para las partes[42].

---

37. WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 61-62 explicando que el control contractual *ex post* de cláusulas abusivas representa un nivel intermedio entre normas imperativas y normas por defecto que permite equilibrar la autonomía privada y sus límites.

38. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Diario Oficial n.º L 095 de 21/04/1993 p. 0029-0034.

39. Merece la pena señalar que la Directiva 93/13 deja fuera de su ámbito de aplicación las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Sin embargo, el TJUE desarrolló un control sobre la base del artículo 4.2 de la Directiva que sujeta la cláusula a un control material parecido al control de abusividad.
Véanse sentencias TJUE asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*), de 21 de marzo de 2012 (*RWE Vertrieb*); *Kásler y Káslerné Rábai*, *Van Hove*; *Gutiérrez Naranjo*.

40. El requisito de buena fe se ha interpretado en relación si era esperable que el adherente, de haber conocido la cláusula, la hubiera aceptado. Véase Jansen JANSEN, Nils: «Unfair Contract Terms, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (Eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 944 (2018)». Esta parece ser la interpretación que ha llevado a cabo también el TJUE en C-415/11 *Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, de 14 de marzo de 2013.

41. Artículo 6.1 de la Directiva.

42. El art. 6.1 de la Directiva establece que «*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si* éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».
Véanse también las sentencias del TJUE en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero* (C-240/98), *Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) y *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), de 27 de junio de 2000 (*Océano*); asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, de 4 de junio de 2009; asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito, S. A. v. Joaquín Calderón Camino*, de 14 de junio de 2012 (*Banco Español de Crédito*).

Estos controles de transparencia se ven reforzados por la falta de necesidad del comprador de alegar su condición de consumidor[43]e instar la aplicación de la protección y la obligación del juez de controlar de oficio la transparencia de las distintas cláusulas predispuestas en el contrato[44].

La limitación de la autonomía privada a través del control de las cláusulas contractuales en contratos con consumidores radica en la reevaluación, con posterioridad a la celebración del contrato, de la estructura de derechos y obligaciones de las partes en el contrato, así como de su contenido económico por parte de un tercero ajeno al contrato. Está revaluación jurídica, sin duda, conlleva una redistribución del excedente contractual entre las partes del contrato. Aunque bien intencionado, la revaluación del diseño contractual de forma general puede no resultar en una mejora del bienestar de las partes contractuales y de la sociedad en general. Los controles contractuales realizados al margen de la naturaleza económica de las relaciones partes contractuales que regula el contrato puede afectar negativamente al excedente contractual generado por la transacción y potencialmente a la sociedad en general[45].

Un segundo nivel de intromisión la autonomía privada, aún más limitativo que el anterior, se encuentra en la imperatividad del régimen jurídico europeo. Aunque muy común en la regulación europea de protección al consumidor, la Directiva de contenidos y servicios digitales, y concretamente su artículo 22 ilustra, una vez más, la limitación de la autonomía privada a través de la imperatividad del régimen jurídico. Como se ha explicado anteriormente, la obligatoriedad del régimen jurídico de la DSCD consagrado en el artículo 22 tiene dos excepciones: en primer lugar, la posibilidad de

43. Véase TJUE en la sentencia C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova, Okrazhna prokuratura – Varna, 18 octubre de 2018.

44. Véanse las Sentencias del TJUE *Océano* y asunto C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium, S. L.*, de 26 de octubre de 2006.

45. La naturaleza estandarizada de los contratos con consumidores –la llamada contratación en masa– implica que la reducción de bienestar en una relación contractual puede reproducirse en un número importante de contratos con consumidores, de forma que puede llegar a tener un impacto agregado negativo en el tráfico jurídico y en la economía en general. La litigación española en materia de cláusulas abusivas en contratación hipotecaria ha sido abundante, con costes sociales importantes y con resultados modestos para el bienestar de los consumidores. Para una explicación detallada de la litigación sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario en España véase GÓMEZ POMAR, F. y ARTIGOT GOLOBARDES, M., «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», *Anuario de derecho civil*, N.º 1, 2020, pp. 7-100.

mejorar los derechos, bienestar, y, por lo tanto, el excedente contractual del consumidor a través de cláusulas contractuales más beneficiosas que las que prevé el régimen jurídico de la directiva, y, en segundo lugar, la posibilidad de renegociación por falta de conformidad o por modificación de las características del objeto contractual inicialmente pactado *ex post* facto y una vez ambos contratantes conocen la circunstancia.

El incumplimiento de las obligaciones de transparencia previstas en la directiva 93/13 para cláusulas contractuales no negociadas individualmente y la obligatoriedad del régimen jurídico previsto en la directiva DCSD para cláusulas negociadas y no negociadas individualmente objeto del presente comentario, tienen una consecuencia jurídica equivalente: la no vinculación del consumidor a dichas cláusulas contractuales.

La DCSD no concreta el contenido jurídico del concepto de no vinculación contractual. Según la Directiva 93/13 los Estados Miembros podrán determinar en sus derechos nacionales el contenido jurídico de la falta de vinculación[46] siempre que mantengan la naturaleza vinculante del resto de contrato que pueda subsistir sin la cláusula o contenido contractual afectado[47].

Aunque la DCSD no prevea las consecuencias jurídicas de la no vinculación de una cláusula contractual modificando su régimen jurídico en perjuicio del consumidor, acaso parece razonable pensar que, en derecho español, la no vinculación tendrá un contenido jurídico de nulidad equivalente a la calificación de abusividad de condiciones generales de la contratación bajo la Directiva 93/13.

El Derecho español prevé que el contenido jurídico de la no vinculación de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores sea el de nulidad[48],

46. Los Estados Miembros podrían establecer que una cláusula no vinculante fuera nula, anulable o simplemente inaplicable de acuerdo con su régimen jurídico. Sin embargo, la libertad de determinación de los Estados Miembros para establecer el contenido jurídico de la falta de vinculación quedó significativamente reducida con posterioridad a la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo.* En esta sentencia el TJUE afirmó que el efecto no vinculante de una cláusula contractual requería colocar al consumidor en la misma posición en la que se hubiera encontrado si la cláusula abusiva nunca hubiera formado parte del contrato.
47. Para una discusión más extensa sobre les implicaciones contractuales de la no vinculación de una cláusula abusiva con el resto del contrato véase GÓMEZ POMAR, F. y ARTIGOT GOLOBARDES, M., ob. cit., pp. 7-100.
48. Artículo 83 I TRLGDCU.

que el Código Civil prevé que tendrá efectos restitutorios[49]. Esto significa que se deberá colocar a las partes del contrato, en la misma posición en la que se hubieran encontrado si la cláusula contractual no vinculante no se hubiera incorporado en el contrato[50]. Así, las partes deberán devolver cualquier prestación – así como sus frutos e intereses – que hubieran realizado contrato en base a la cláusula contractual considerada no vinculante y por lo tanto, nula.

Aunque no explicitado en la DCSD, parece razonable pensar, después del pronunciamiento del TJUE en el caso *Gutiérrez Naranjo*[51], que la no vinculación de una cláusula que modifique el régimen imperativo previsto en la directiva en perjuicio del consumidor será nula.

La armonización máxima prevista en el artículo 22 de la Directiva tiene dos limitaciones inherentes resultantes del diseño institucional y normativo de la Unión Europea: primero, respecto al ámbito de aplicación del régimen jurídico y, segundo, a la estructura multinivel del Derecho europeo.

La DSCD no regula de forma comprensiva la totalidad del régimen jurídico de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales[52]. Por ejemplo, la formación, la validez y nulidad de los contratos, así como la legalidad del contenido o servicio digital no se encuentran dentro del ámbito o alcance normativo de la Directiva. Tampoco la naturaleza de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, los remedios específicos por defectos ocultos, los remedios indemnizatorios y los no contractuales – la responsabilidad del empresario por daños – o los efectos de la terminación contractual respecto de contratos accesorios o relacionados con el contrato principal. Las normas fundamentales del Derecho contractual todavía hoy están fuera del ámbito de las atribuciones competenciales de la Unión Europea. Por ejemplo, los daños por falta de conformidad del contenido o servicio digital, aunque presentes en la Directiva, quedan para el Derecho de los estados miembros[53]. Los regímenes jurídicos de daños

49. Art. 1303 CC.

50. Los efectos de la declaración de nulidad deben ser *ex tunc*, es decir, a partir del momento de la celebración del contrato. Véase la sentencia del TJUE en el caso Gutiérrez Naranjo.

51. Véase TJUE C C154/15 y 307/15 Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA contra Emilio Irles López y Teresa Torres Andreu de 21 de diciembre de 2016.

52. Véase TWIGG-FLESNER, C., ob. cit., pp. 1-12.

53. Véase METZGER, A., ob. cit., pp. 25-45.

de los estados miembros, significativamente heterogéneos, proporcionan distintos niveles de protección que cuestionan la eventual armonización perseguida por la directiva.

En segundo lugar, la armonización perseguida por la Directiva se anticipa limitada por la estructura multinivel del régimen jurídico europeo[54]. No obstante el objetivo de armonización máxima, los Estados Miembros deberán transponer la Directiva, con la inherente diversidad normativa resultante de este proceso transposición[55]que requieren que la Comisión Europea monitorice el cumplimento de las obligaciones de transposición de los estados miembros[56]. Un ejemplo de la importancia de la estructura multinivel en el caso español[57] se encuentra el ámbito subjetivo de aplicación del TRLGDCU que es más amplio que el previsto en la DSCD 2019/770 porque incluye personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresariales. No queda claro si las personas jurídicas gozan de los derechos de la directiva dada su naturaleza de armonización máxima y su carácter imperativo[58].

IV. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO

Las normas imperativas de derecho contractual europeo tienen por objeto proteger a los consumidores de las cláusulas contractuales desfavorables que puedan estar presentes en el contrato[59]. La inherente estructura asimé-

54. Véase FERRER GUARDIOLA, J. A., ob. cit., pp. 161-226, p. 170, 187 y 192. Véase también TWIGG-FLESNER, C., ob. cit., pp. 1-12.

55. Para una explicación de los distintos determinantes de estrategias de implementación del derecho europeo por parte de los estados miembros véase MICKLITZ, H-W., ob. cit., pp. 117-121, 118 y MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», (2019), *Journal of European Consumer and Market Law*, N.º 8, 2019, pp. 194-201.

56. MICKLITZ, H-W., ob. cit., pp. 117-121.

57. Véase ARROYO AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, N.º 11, 2022, pp. 35-40, SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español (Digital Market and Consumer Protection: Directive 770/2019 and Its Transposition into the Spanish Legal System)», *InDret*, Vol. 4, 2021, pp. 33-87 y FERRER GUARDIOLA, J. A., ob. cit., pp. 170, 187 y 192.

58. Véase FERRER GUARDIOLA, J. A., ob. cit., p. 170, 187 y 192.

59. Véase COOTER, R. y ULLEN, T., *Law and Economics*, Berkeley Law, Berkeley, 2008, p. 221, S. Shavell, Foundations of Economic analysis of law (2004) 296, HERMALIN, B.

trica informativa y negocial que caracterizan los contratos con consumidores requiere intervención legislativa que, en el caso europeo, resulta en una limitación de la autonomía privada, bien o por vía de un control contractual *ex post* de la posible abusividad de las condiciones generales de la contratación bien por la imposición de normas imperativas que pretenden asegurar y de ser posible, equilibrar, la posición del consumidor en el contrato asegurado a este un determinado nivel de bienestar. La intervención sobre la autonomía privada tiene por objeto limitar la posición favorable del predisponente valor a la hora de diseñar el contrato y distribuir el excedente generado por ésta entre las partes del contrato[60].

Sin embargo, los contratos que concluyen las partes contienen cláusulas contractuales heterogéneas – desde el punto de vista económico – que reflejan los diferentes parámetros y las distintas variables que definirán la interacción entre las partes. Entre éstas, los contratantes incluyen cláusulas que reflejan, asignan y distribuyen los costes de producción del producto o servicio y que, a su vez, configuran el precio –total– del producto o servicio y el sacrificio –monetario, generalmente, pero no siempre– que supondrá finalmente para el consumidor[61]. Con estas cláusulas contractuales, además, las partes determinan e incentivan conductas o acciones que aumentan o reducen el excedente total (la ganancia conjunta) del contrato, y la distribuyen o reparten, explícita e implícitamente, entre las partes. En el caso de los contratos de consumo, esas dimensiones económicas fundamentales no se hallan, ni mucho menos, ausentes, y sirven igualmente para comprender las funciones sustanciales que desempeñan los términos y condiciones del contrato, tanto los negociados como los no negociados.

La legislación europea en materia de consumo utiliza ampliamente la armonización del régimen jurídico a través de normas imperativas como mecanismo de protección de los consumidores[62]. Esta es la estructura que sigue la Directiva, pero también la regulación del derecho de desistimien-

---

E., A. KATZ, A. y CRASWELL, R., «The Law and Economics of Contracts», *Columbia Law and Economics Working Paper*, N.º 296, 2007, pp. 1-143 y WAGNER, G., ob. cit., pp. 47-70 cuestionando el uso de normas imperativas en derecho de contratos europeo y que el consumidor sea una parte necesariamente débil.

60. BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., ob. cit., pp. 255-282.

61. Véase METZGER, A., ob. cit., pp. 25-45.

62. WAGNER, G. «The economics of harmonisation: The case of contract law», *ERA Forum*, N.º 3, 2002, pp. 77-87 y WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 47-70 explicando que la utilización de normas imperativas –*ius cogens*– en derecho europeo resulta en una estandarización que contribuye al objetivo de la armonización normativa.

to[63] o falta de conformidad en el comercio de bienes[64]. La imperatividad del régimen jurídico de protección al consumidor[65] se basa en evitar que se pueda diluir contractualmente el nivel mínimo de bienestar del consumidor que el legislador quiere asegurar[66]. Desde esta perspectiva, las normas imperativas son presuntamente positivas para los consumidores.

Desde un punto de vista económico, las normas imperativas constituyen un mecanismo sencillo de internalización de las externalidades impuestas sobre terceros. Cuando las transacciones generan efectos negativos en sujetos ajenos a la relación contractual, la obligatoriedad del régimen jurídico es un mecanismo sencillo para distribuir el coste de estas externalidades e internalizarlas de forma agregada por parte de todos los agentes del mercado que celebran un contrato[67].

Sin embargo, las normas imperativas también presentan algunos riesgos debido a sus efectos no deseados, como el aumento de los precios, la reducción del tamaño y densidad de los mercados[68] o la generación de subsidios cruzadas entre consumidores de distinto tipo y renta con profundos efectos regresivos[69].

También ARROYO AMAYUELAS, E., ob. cit., pp. 35-40 y SÁNCHEZ LERÍA, R., ob. cit., pp. 33-87 para un análisis de su trasposición al derecho español.

63. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, DO L 304 de 22.11.2011, p. 64-88.
64. Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, DO L 136 de 22/05/2019, pp. 28-50.
65. La Directiva de suministros de contenido y servicios digitales ilustra el modelo de imperatividad del régimen jurídico de protección al consumidor junto con por ejemplo, las obligaciones de información pre-contractual o el derecho de desistimiento previstos en la Directiva 2011/83 sobre los Derechos de los consumidores.
66. Véase CHOI, A. H. y SPIER, K. E., «Should Consumers Be Permitted to Waive Products Liability? Product Safety, Private Contracts, and adverse selection», *Journal of Law, Economics, and Organization*, N.º 30, 2014, pp. 734-766 argumentando que la efectividad de la imperatividad de las normas contractuales como el régimen de responsabilidad extracontractual por daños causados por productos defectuosos es adecuado en situaciones en las que la heterogeneidad de los consumidores generara situaciones de selección adversa. En estos casos, un régimen imperativo puede mejorar mejora el bienestar de los consumidores.
67. COOTER, R. y ULLEN, T., ob. cit.; SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Harvard, 2004, p. 296; HERMALIN, B. E., A. KATZ, A. y CRASWELL, R., ob. cit., pp. 1-143; y WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 47-70.
68. BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., ob. cit., p. 255.
69. KARAMPATZOS, A., ob. cit.

La protección general y uniforme de los consumidores acarrea una distribución de los costes de dicha protección, imperativa entre todos los consumidores, independientemente de si estos exigen y reclaman la protección a la que tienen derecho y que quizás no están recibiendo por parte de los profesionales. Esta estructura imperativa conlleva un reparto uniforme de los costes de la protección, entre todos los consumidores que celebran un cierto contrato de forma que el precio finalmente pagado por todos los consumidores resulta más elevado independientemente del ejercicio de los derechos previstos por el régimen imperativo uniforme y general[70]. El ejercicio de los derechos de protección al consumidor está directamente correlacionado con circunstancias personales, y económicas del consumidor en cuestión. La uniformidad contractual resulta económicamente paradójica en la distribución de los costes del régimen de protección al consumidor: pensando en los consumidores más vulnerables se protege a todos los consumidores de forma uniforme, pero son estos consumidores vulnerables, que reclaman en menor medida los derechos que les otorga el nivel de protección al consumidor, los que finalmente subsidian el coste de la protección al consumidor, que sí reclaman aquellos consumidores con un nivel de educación y renta superior[71].

La intervención contractual de forma abstracta, centralizada, y uniforme representa un enfoque de alguna forma paternalista que interfiere y limita la importancia del contrato como instrumento para expresar las preferencias de las partes y puede tener efectos regresivos[72].

La personalización contractual, posible en mercados algorítmicos en los que los datos de los consumidores sirven para personalizar el diseño de los contratos, emerge también como posible en el ámbito de las normas por

---

70. En relación a los efectos regresivos de las disposiciones contractuales imperativas véase PORAT, A. y STRAHILEVITZ, L. J., «Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data», *Mich Law Review*, N.º 112, 2014, pp. 1417-1478; y BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., ob. cit., pp. 255-282; WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 47-70;

71. Véase PORAT, A. y STRAHILEVITZ, L. J., «Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data», *Mich Law Review*, N.º 112, 2014, pp. 1417-1478; y BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., ob. cit., pp. 255-282; WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 47-70; COOTER, R. y ULLEN, T., ob. cit.; SHAVELL, S., ob. cit.; y HERMALIN, B. E., A. KATZ, A. y CRASWELL, R., ob. cit., pp. 1-143.

72. WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 54-56, argumentando que una alternativa al paternalismo normativo a través de reglas imperativas sería limitar el *signaling* de la parte mejor informada y así limitar los beneficios resultantes de la asimetría de información.

defecto en contratación con consumidores[73]. Si los algoritmos posibilitan contratos personalizados, las normas por imperativas también podrían serlo.

Sin duda, la posible personalización de normas imperativas plantea retos a nivel de justicia relativa, integración contractual, privacidad y costes de transacción y de gestión para los predisponentes-vendedores. La diferenciación es un elemento inherente al funcionamiento de los mercados de bienes y servicios, que permite tratar de forma distinta diferentes tipos de consumidores y contextos transaccionales y reflejar estas diferencias contractualmente de forma que distintos agentes puedan participar en el mercado, teniendo en cuenta sus circunstancias.

En contratos personalizados, la integración contractual también resulta más compleja. Tanto la posibilidad de las cláusulas contractuales en contratos con consumidores como la desviación por vía contractual de un régimen jurídico imperativo conllevan la no vinculación de las cláusulas para los consumidores[74] y su consecuente nulidad[75]. La nulidad de una cláusula contractual resulta en su eliminación del contrato y en la consecuente necesidad de integrar dicha cláusula contractual por parte de la autoridad judicial. La integración, sin embargo, se presenta como un reto, dado que la personalización contractual representa la ausencia de precios de equilibrio en el mercado, de umbrales en base a los cuales determinar un –precio, garantía, derechos – adecuado y requiere la utilización de análisis de estructuras de mercado[76] y de variables económicas como por ejemplo la relevancia de valores medianos o la correlación del contenido económico de distintas cláusulas contractuales, que en estos momentos están lejos de la práctica jurídica.

Además, la personalización contractual no sería posible si el predisponente del contrato no tuviera información – datos personales e inferencias – sobre el

73. Véase PORAT, A. y STRAHILEVITZ, L. J., ob. cit., pp. 1417-1478 y BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., ob. cit., pp. 255-282.

74. *Vid. supra*.

75. *Vid. supra*.

76. En el marco de la personalización contractual, es significativamente relevante saber si la estructura de mercado es perfectamente competitiva, es de competencia imperfecta o es de estructura monopolística. El eventual poder de mercado del oferente/vendedor/predisponente será relevante para determinar si el contrato personalizado responde a los intereses económicos de las dos partes del contrato o de una utilización del poder de mercado para apropiarse de parte o de todo el excedente del consumidor. Véase WAGNER, G. & EIDENMÜLLER, H., «Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalised Transactions», University of Chicago Law Review, N.º 68, 2019, pp. 581-609.

consumidor[77]. La privacidad de los consumidores, fuera del objeto de análisis de este capítulo, es de una importancia fundamental para evaluar la conveniencia, adecuación y eventual legalidad de la personalización contractual[78].

La personalización contractual también conlleva costes administrativos y de gestión para los predisponentes-vendedores. Con contratos enteramente personalizados, será necesario optimizar estructuras contractuales, remedios y otros elementos, lo que resultará más costoso.

Finalmente, la personalización contractual también plantea cuestiones de justicia distributiva y de respeto a los derechos fundamentales. ¿Consideraremos aceptable que la personalización de las transacciones sea un elemento definitorio de forma que dos consumidores equivalentes estén sujetos a condiciones contractuales distintas, incluyendo los precios, en base a unas variables desconocidas con anterioridad a la celebración de la transacción? Por otro lado, ¿cuáles son las variables que determinarán qué acción contractual resultará en una discriminación y, por lo tanto, acaso en una vulneración de derechos fundamentales?

Estas preguntas son de indudable relevancia en el plano jurídico. Sin embargo, no excluyen poner en valor el potencial de mejora para el bienestar de los consumidores que puede plantear la personalización contractual. La personalización contractual permitiría la eliminación de la regresividad de la protección imperativa uniforme, la supresión de los subsidios cruzados entre consumidores, y posibles ganancias de eficiencia en relación a permitir a las partes ajustar los costes contractuales de forma que se maximice el valor esperado del contrato.

Aunque todavía en fases preliminares y en estos momentos con plasmación más teórica que práctica, el potencial que presenta la personalización contractual algorítmica también debería explorarse en el contexto del régimen jurídico imperativo en contratos con consumidores para superar un modelo de derecho «impuesto» como es la imperatividad para instrumentos jurídicos de Derecho privado como es el contrato[79].

---

77. WAGNER, G., «Mandatory Contract Law…», ob. cit., pp. 47-70 explicando que esta asimetría puede resultar en abuso de la parte peor posicionada que es el consumidor.
78. FINCK, M., «Hidden Personal Insights and Entangled in the Algorithmic Model: The Limits of the GDPR in the Personalisation», en KOHL, U y EISLER, J. (eds), *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 95-108.
79. KARAMPATZOS, A., ob. cit., que un modelo de elección imperativa para preservar la autonomía privada y a su vez asegurar un nivel de protección del consumidor adecuado de forma barata y transparente.

V. CONCLUSIONES

Coherente con el enfoque de legislador europeo en materia de protección al consumidor, el artículo 22 DCSD ilustra la paradoja que presenta la normativa europea en Derecho privado: a mayor intervención del legislador europeo, menor es el ámbito en la autonomía privada contractual en materia de contratos con consumidores.

Esta tendencia a la conversión del Derecho privado contractual europeo en Derecho cuasi-público, merece un estudio y análisis que va más allá de este capítulo. Este enfoque presenta importantes ventajas a efectos de garantizar un nivel de protección al consumidor que sea uniforme en todo el territorio del mercado interior europeo. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, y también económico, este enfoque plantea retos importantes: el coste desde el punto de vista de la autonomía privada de los agentes participantes en el mercado europeo es muy elevado y sus efectos económicos, en estos momentos bastante desconocidos, pueden no ser los que inicialmente se pretendían alcanzar.

Tras varias décadas de normas imperativas en la regulación europea en materia de contratos con consumidores, y pensando en la evolución de la naturaleza de los mercados de bienes y servicios y de la posición de las partes contractuales, parece que es un buen momento para reevaluar si, no obstante sus costes, la normativa europea alcanza en realidad el nivel elevado de protección al consumidor que persigue y promete.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO AMAYUELAS, E., «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, N.º 11, 2022, pp. 35-40.

BENDER, P. M., «Limits of Personalisation of Default Rules – Towards a Normative Theory», *European Review of Contract Law*, N.º 2, 2020, pp. 366-409.

BEN-SHAHAR, O. y SCHNEIDER, C. E., *More than You Wanted to Know, The Failure of Mandatory Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

BEN-SHAHAR, O. y PORAT, A., «Personalizing Mandatory Rules in Contract Law», *University of Chicago Law Review*, N.º 86, 2020, pp. 255-282 (disponible online en https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol86/iss2/11/).

CHOI, A. H. y SPIER, K. E., «Should Consumers Be Permitted to Waive Products Liability? Product Safety, Private Contracts, and adverse selection», *Journal of Law, Economics, and Organization*, N.º 30, 2014, pp. 734-766.

COOTER, R. y ULLEN, T., *Law and Economics*, Berkeley Law, Berkeley, 2008.

DOUGAN, M., «Minimum Harmonization and the Internal Market», *Common Market Law Review*, N.º 37, 2020, pp. 853-885.

ELKIN-KOREN, N., y GAL, M. S., «The Chilling Effect of Governance-by-Data on Data Markets», *University of Chicago Law Review*, N.º 68, 2019, pp. 403-431 (disponible online en https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6126&context=uclrev).

FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las directivas (UE) 2019/770 Y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, N.º 4, 2021, pp. 161-226 (disponible online en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/691).

FINCK, M., «Hidden Personal Insights and Entangled in the Algorithmic Model: The Limits of the GDPR in the Personalisation», en KOHL, U y EISLER, J. (Eds.), *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 95-108.

GÓMEZ POMAR, F. y ARTIGOT GOLOBARDES, M., «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», *Anuario de derecho civil*, N.º 1, 2020, pp. 7-100 (disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2020-10000700100).

HACKER, P., «Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates», *European Review of Private Law*, N.º 25, 2017, pp. 651-677.

HELBERGER, N., LYNSKEY, O., MICKLITZ, H-W., *et al.*, *EU Consumer Protection 2.0; Subtitle Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, BEUC, Bruselas, 2021.

HERMALIN, B. E., A. KATZ, A. y CRASWELL, R., «The Law and Economics of Contracts», *Columbia Law and Economics Working Paper*, N.º 296, 2007, pp. 1-143 (disponible online en https://core.ac.uk/download/pdf/230175865.pdf).

JANSEN, N., «Unfair Contract Terms», en JANSEN, N. y ZIMMERMANN, R. (Eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 933-948.

KARAMPATZOS, A., *Private law, nudging and behavioral economic analysis: the mandated-choice model*, Routledge, Londres, 2020.

MANKO, R., «Contracts for supply of digital content A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive», European Parliament PE 582.048 (2016) (disponible online en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA%282016%29582048_EN.pdf).

MICKLITZ, H-W., «The Full Harmonization Dream», *Journal of European Consumer and Market Law*, N.º 11, 2022, pp. 117-121.

METZGER, A., «A Market Model for Personal Data: State of Play Under the New Directive on Digital Content and Digital Services», en LOHSSE S., SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (Eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* Hart-Nomos, Oxford, 2020, pp. 25-45.

MILÀ RAFEL, R., «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?» *Revista d'Internet Dret I Política*, N.º 23, 2016, pp. 1-14 (disponible online en https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n23-mila/420426).

MORAIS CARVALHO, J., «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *Journal of European Consumer and Market Law*, N.º 8, 2019, pp. 194-201.

PORAT, A. y STRAHILEVITZ, L. J., «Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data», *Michigan Law Review*, N.º 112, 2014, pp. 1417-1478 (disponible online en https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=mlr).

SAJN, N., «Contracts for the supply of digital content and digital services», European Parliament, 15-07-2019 (disponible online en *https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI[2019]649354)*.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español (Digital Market and Consumer Protection: Directive 770/2019 and Its Transposition into the Spanish Legal System)», *InDret*, Vol. 4, 2021, pp. 33-87 (disponible online en https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/1673.pdf).

SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Harvard, 2004.

TWIGG-FLESNER, C., «Introduction: EU consumer and contract law at a crossroad?» en TWIGG-FLESNER, C. (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward-Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 1-12.

WAGNER, G., «Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights», *Erasmus Law Review*, N.º 1, 2010, pp. 47-70 (disponible online en *https://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2010/1/ELR_2210-2671_2010_003_001_004.pdf*).

– «The economics of harmonisation: The case of contract law», *ERA Forum*, N.º 3, 2002, pp. 77-87.

WAGNER, G. & EIDENMÜLLER, H., «Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalised Transactions», University of Chicago Law Review, N.º 68, 2019, pp. 581-609 (disponible online en https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/down-algorithms-siphoning-rents-exploiting-biases-and-shaping-preferences-regulating).

ZDRAVEVA, N., «Digital content contracts and consumer protection: *status* quo and ways further», *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, N.º 5, 2021, pp. 398-421 (disponible online en https://www.researchgate.net/publication/353463517_DIGITAL_CONTENT_CONTRACTS_AND_CONSUMER_PROTECTION_*STATUS*_QUO_AND_WAYS_FURTHER).