

Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español

Sumario

-

La Directiva 770/2019, relativa a algunos aspectos de los contratos de suministro y contenidos digitales ha supuesto un importante paso en relación con la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea y la protección de los consumidores en el Mercado Digital. En ella se consagra, por primera vez, una regulación específica en materia de incumplimiento y remedios puestos a disposición del consumidor de contenidos y servicios digitales, con el objetivo fundamental de unificar las legislaciones nacionales, reforzando así el Mercado Europeo Digital. Esta norma ha sido recientemente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que ha modificado el TRLGDCU para adaptarlo a esta nueva regulación. En este trabajo se analizan las principales novedades de la citada normativa, resaltando sus carencias y sus virtudes, con el fin de comprobar cuáles son los principales pasos dados por el legislador en orden a proteger los intereses del consumidor.

Abstract

-

Directive 770/2019, pertaining to certain aspects of digital content and supply contracts, is an important step in relation to the unification of Contract Law in the European Union and consumer protection in the Digital Market. This Directive enshrines for the first time a specific regulation on non-compliance and remedies made available to the consumer of digital content and services, with the fundamental objective of unifying national legislation, thereby strengthening the European Digital Market. This rule has recently been incorporated into our legal system by means of Royal Decree-Law 7/2021, of 27 April, which amends Spain's TRLGDCU consumer protection legislation in line with this new regulation. This paper analyses the main novel aspects introduced by the new legislation, pointing out its shortcomings and its virtues, to ascertain the main steps taken by the legislator to protect the interests of the consumer.

Title: *Digital market and consumer protection: Directive 770/2019 and its transposition into the Spanish legal system*

-

Palabras clave: Mercado digital, contratos, contenidos y servicios digitales, consumidores, incumplimiento, puesta en conformidad, reducción de precio, resolución de contrato.

-

Keywords: *Digital market, contracts, digital content and services, consumers, non-compliance, compliance, price reduction, contract termination.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.02

4.2021

Recepción

28/05/2021

-

Aceptación

07/08/2021

Índice

-

1. Introducción

2. Partes del contrato

2.1 Consumidor

2.2 Empresario

3. Concepto y naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

4. Breve mención sobre el suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales

5. Conformidad de los contenidos y servicios con el contrato

5.1. Cumplimiento de la obligación de entrega

5.2. Requisitos de conformidad

a. Requisitos subjetivos

b. Requisitos objetivos

c. Integración incorrecta

d. Falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros

e. La obligación de suministrar las actualizaciones necesarias

f. El pacto de exclusión de los requisitos objetivos

6. Remedios

6.1. Medidas correctoras por incumplimiento de suministro

6.2. Medidas correctoras por falta de conformidad

a. Puesta en conformidad

b. Reducción del precio y resolución del contrato

c. Reducción del precio


d. Resolución del contrato

e. Indemnización de daños y perjuicios

7. Plazos

8. Conclusiones

9. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Sin duda, el mercado de bienes y servicios de naturaleza digital constituye hoy día uno de los pilares fundamentales sobre el que se asienta la economía actual. Ya esta circunstancia se puso de manifiesto en la *Estrategia para el Mercado Único Digital* que la Comisión Europea presentó el 6 de Mayo de 2015 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones¹. En la misma se fijó como una de las principales prioridades la creación de un Mercado Único Digital definido como «aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia».

En dicha comunicación se pone de relieve que una de las razones por la que los consumidores y las pequeñas empresas no participan más en el comercio electrónico transfronterizo, se debe a que las normas aplicables a estas operaciones pueden ser complejas, poco claras y diferentes entre los Estados miembros. Para evitar esta situación, una de las medidas que se pretendió adoptar es la de presentar una propuesta legislativa que armonizara los derechos y obligaciones derivados de los contratos cuyo objeto sea un contenido digital² y de aquellos realizados a distancia o en línea³. En efecto, no cabe duda de que una regulación armonizada a nivel europeo impulsa el Mercado Digital de la Unión, pues se logra así mayor seguridad jurídica para las empresas que actúan en el sector que podrán dirigir sus productos o servicios con la seguridad de conocer la regulación aplicable.

Precisamente, con el objetivo de modernizar y actualizar la legislación europea adaptándola al nuevo Mercado Digital, se aprobaron dos Directivas en 2019. Por un lado, la Directiva 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 (DOUE n°136, de 22.5.2019), que consagra una nueva regulación sobre los supuestos de falta de conformidad y los remedios puestos disposición del consumidor, dando así un paso más hacia la unificación del régimen jurídico de la compraventa en la Unión Europea. Por otro lado, 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 (DOUE n°136, de 22.5.2019, en adelante, DCSD), que es la que trataremos en el presente trabajo⁴.

* Reyes SÁNCHEZ LERÍA, rsanler@upo.es. Este trabajo ha sido elaborado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: V Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad Pablo de Olavide, para el desarrollo de la línea denominada «Propuestas para una regulación de los contratos sobre bienes y servicios digitales» y el Proyecto I+D+i: «Derecho contractual digital, una nueva realidad: del Código a las Directivas y la revolución digital» (PID 2020-112714GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e innovación.

¹ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0192> (Fecha de consulta 8.3.2021).

² Contrato que ha sido calificado como el instrumento jurídico básico de la economía digital. ESPÍN ALBA, «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p.5.

³ La Comisión pone de manifiesto que unas normas modernas y simplificadas para las compras transfronterizas en línea y digitales animarán aún más a las empresas a vender en línea, por encima de las fronteras, e incrementará la confianza de los consumidores en el comercio electrónico transfronterizo.

⁴ Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ CHACÓN, «El ámbito material de la aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2020, p. 560, ambas Directivas suponen el culmen

Aunque efectivamente ambas introducen importantes novedades en el ámbito de la defensa de los consumidores, es la DCSD la que ha supuesto un paso importante en orden a la actualización del Derecho Contractual en la UE, consagrándose por primera vez una regulación que unifica las legislaciones nacionales en materia de incumplimiento y remedios puestos a disposición del consumidor de contenidos y servicios digitales⁵. Como expresamente se declara, su fin último es el de lograr un alto nivel de protección de los consumidores, reforzar la seguridad jurídica y, en definitiva, impulsar el denominado Mercado único Digital.

Se trata de una Directiva de máximos (art. 4 DCSD) salvo que alguna disposición determine expresamente lo contrario y, en consecuencia, más preocupada por la armonización dentro del Mercado común que por lograr una protección máxima de los consumidores⁶.

Sin embargo, es importante poner de manifiesto que no se partía en este ámbito de un vacío normativo pues, efectivamente, ya existían importantes Directivas que eran aplicables a este contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Así, la Directiva 2011/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DOUE n° 304, de 22.11.2011), recientemente modificada por la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DOUE n° 328, de 18.12.2019) que contiene un régimen específico de información y desistimiento aplicable a estos contratos. Igualmente, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas (DOCE n° 95, de 21.4.1993) y la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico

hasta el momento del proceso de unificación del Derecho contractual puesto en marcha a nivel comunitario. Por su parte, GÓMEZ POMAR, «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret* 4/19, p. 4, determina que las dos normas obedecen a una doble motivación. Por un lado, al deseo de la comisión de no cejar en el impulso en favor del Derecho contractual europeo, tras el fracaso de la propuesta de Reglamento de la Normativa común de Compraventa europea. Por otro, impulsar la agenda digital europea en su dimensión de la protección del consumidor, tanto en la compra *on line* como en la adquisición de servicios digitales.

⁵ En efecto, la unificación de los remedios es el principal objetivo de la Directiva pues la diferencia actual en los distintos países de la UE es uno de los obstáculos para el desarrollo del mercado europeo. Por ello, aquí (igual que en la Directiva 771/2019) se establece una armonización plena del sistema de remedios en caso de falta de conformidad. Véase BEHAR-TOUCHAIS, «Remedies in the Proposed Digital Content Directive. An overview», en SCHULZE/STAUDENMAYER/LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory, Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 130. No se unifican, sin embargo, todos los remedios posibles ante el incumplimiento contractual. Así, el proveedor del contenido digital tendrá a su disposición aquellos regulados en cada ordenamiento jurídico. Igualmente, la Directiva deja fuera de su regulación las excepciones de contrato no cumplido, la suspensión del pago del precio o el derecho de retención que pudieran tener cada una de las partes en casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación (considerando 15 DCSD). También las cuestiones relativas a la celebración, validez, nulidad o la legalidad de los contenidos digitales deberán regirse por las normas nacionales de cada Estado (considerando 12 DCSD).

⁶ Así, MORAIS CARVALHO, «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p.33, opina que las ventajas de las Directivas de armonización máxima permiten la reducción de las diferencias entre los Estados Miembros, pero a cambio se reducen las posibilidades de mejorar la posición del consumidor. En efecto, como manifiesta MIRANDA SERRANO «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo de contenidos digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021 p. 3, desde hace algún tiempo el legislador europeo ha comprobado que el desarrollo del mercado único no llega a alcanzarse plenamente con las Directivas de mínimos, razón por la cual se ha decantado por la Directiva de máximos. En cualquier caso, como sigue estableciendo el citado autor, es posible concluir que en las directivas de mínimos se pone más el acento en la protección de los consumidores, mientras que las de máximos centran su prioridad en la consecución del mercado único, eliminando barreras a los intercambios comerciales entre los distintos Estados de la Unión.

(DOCE nº 178, de 17.7.2000)⁷. En esta línea, la novedad de la DCSD es la regulación de un nuevo Derecho contractual de remedios, sin perjuicio de las otras normas europeas o nacionales que pudieran ser aplicables a los demás aspectos de estos negocios o a los remedios no regulados expresamente⁸.

La DCSD y la Directiva 771/2019 han sido recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento por el Título VIII 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 (BOE nº 101, de 28.4.21). El legislador español ha optado por su transposición mediante la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007, en adelante TRLGDCU), adaptando el régimen actual a las novedades de las citadas normas europeas. La modificación entrará en vigor el 1 de enero de 2022 según la Disposición final octava, letra d) del Decreto.

Se ha de descartar, por último, la relevancia que ha adquirido durante el último año el mercado de bienes y servicios digitales como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el nuevo virus COVID-19. En efecto, la situación de pandemia que atravesamos desde marzo de 2020 ha determinado un fuerte impacto en el mercado digital, fundamentalmente por el uso masivo y continuo de servicios y contenidos digitales, el comercio electrónico y el teletrabajo, usos muchos de ellos que han aparecido para permanecer durante un largo periodo de tiempo. De esta forma, la nueva regulación aparece con un buen impulso de estos negocios⁹.

⁷ Estos negocios se enmarcan dentro del denominado comercio electrónico cuyo escenario fundamental es la red Internet. En efecto, una gran parte de estos contratos se perfeccionan y ejecutan a través de dispositivos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a la Red. Como sabemos, el comercio electrónico se reguló por primera vez en la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE que se traspuso a nuestro ordenamiento a través de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (BOE nº166, de 12.07.2002, en adelante LSSICE). Entonces se regularon algunas cuestiones sobre los denominados servicios de la sociedad de la información y la contratación electrónica, regulación ya hoy día en algún caso superada por los nuevos contenidos digitales y las nuevas plataformas disponibles en la Red que ofrecen servicios entonces no conocidos. Precisamente, se encuentra actualmente en marcha una nueva regulación de Internet materializada en dos propuestas de Reglamento, estas son: la Propuesta de Reglamento de Mercados digitales (véase en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.) y la Propuesta de Reglamento de Servicios Digitales (file:///C:/Users/rsanler/Downloads/ProposalforaRegulationonaSingleMarketForDigitalServicespdf%20(2).pdf.Fecha de consulta 16/03/21).

⁸ ZOLL, «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* Volume 5, Issue 6, 2016, p. 251.

⁹ Esta situación es puesta de manifiesto en el propio Decreto Ley de 7/2021, de 27 de abril de transposición de la Directiva: «La necesidad de regular este vacío se ha visto acrecentada por la actual crisis sanitaria pues, como se indica en la Nueva Agenda Europea del Consumidor, publicada en noviembre de 2020, las medidas de confinamiento han destacado el papel fundamental de las tecnologías digitales en la vida de las personas, permitiendo comprar bienes esenciales que, de otra manera, no serían asequibles y acceder a servicios a pesar de las restricciones. Parece claro que los españoles están entre los europeos que más han incrementado sus compras online, especialmente en productos esenciales como alimentación o electrónica (como medio de llevar a cabo el teletrabajo), lo que ha determinado que, en muchos casos, las personas consumidoras hayan tenido que descubrir nuevas herramientas y servicios digitales para su vida cotidiana. Incluso las personas consumidoras más reticentes a este tipo de comercio se han visto obligados a superar los temores asociados a este tipo de compras y en un número relevante han sido la primera vez que lo han hecho. Paralelamente, el distanciamiento social ha hecho crecer los negocios online ya existentes, especialmente los gigantes y propiciado la apertura o creación de otros».

El principal objetivo de este trabajo es analizar los aspectos más relevantes de la DCSD y de su trasposición a nuestro ordenamiento. Haremos referencia a algunas de las cuestiones más discutidas de la regulación de la Directiva y de su transposición. Este recorrido nos permitirá tener una visión de conjunto sobre la nueva regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de las cuestiones principales que suscitan los mismos.

2. Partes del contrato

2.1 Consumidor

En la DCSD se mantiene el concepto de consumidor tradicionalmente adoptado en la UE y recogido en otras Directivas¹⁰. En concreto, el art. 2, apartado 6 define al consumidor como toda persona física que, en relación con los contratos regulados en la misma, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; no obstante se dispone que este concepto puede ser ampliado por los Estados miembros para incluir a las pymes o autónomos (considerando 16 DCSD). Esta ampliación no se ha producido (al menos todavía) en nuestro ordenamiento jurídico, que establece igualmente que el consumidor será aquel que actúe fuera de su ámbito empresarial o profesional (art. 3 TRLGDCU). Sí se han incluido, como sabemos, a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En concreto, respecto a los contratos mixtos, estos son, aquellos en los que el servicio o contenido digital se utilice para una doble finalidad (profesional y personal), dispone el considerando 17 DCSD que los Estados miembros tendrán la libertad de determinar si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones. En nuestra opinión, para una mayor protección y uniformidad, hubiese sido preferible que se adoptara el criterio contenido en el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, que dispuso expresamente que en el caso de los contratos con doble finalidad, si 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, dicha persona deberá ser considerada como consumidor¹¹. Esta es, al fin y al cabo, la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ya en numerosas sentencias ha establecido que, en el supuesto de que el vínculo del contrato con la actividad profesional de la persona sea tan tenue que pueda considerarse marginal, el contratante ha de ser considerado consumidor¹².

Precisamente, la nueva realidad en la que se desenvuelve el mercado digital cuenta con participantes no siempre fácilmente clasificables en consumidores o empresarios. En efecto, en la actualidad coexisten nuevos sujetos del entorno digital que consumen bienes y servicios pero también los producen, siendo por tanto unos consumidores más activos o unos destinatarios finales que actúan en un doble ámbito personal y comercial. Este nuevo mercado está

¹⁰ SÉNÉCHAL, «Article 2», en SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 50.

¹¹ Pone de referencia STAUDENMAYER, «Article 3», en SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 66, que la decisión de no incluir expresamente a los contratos mixtos se basa, fundamentalmente, en el importante impacto económico que tendría para los suministradores al extender el ámbito de la Directiva a estos contratos mixtos.

¹² Véanse, entre otras, STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01, EU:C:2005:32, STJUE de septiembre de 2015, C-110/14, EU:C:2015:538 y STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17, EU:C:2019:123.

conformado por plataformas para la publicación de contenidos, como *Blogger*, redes sociales, como *Facebook*, los servicios conocidos como wikis (*Wikipedia*) y los portales de alojamiento de fotos, audio o vídeos (*Flickr*, *YouTube*). La esencia de estas herramientas está en la posibilidad de interactuar con el resto de los usuarios o aportar contenidos que enriquezcan la experiencia de navegación¹³. En muchas ocasiones estas actividades estarán en parte relacionadas con una actividad comercial (piénsese en *youtubers* o *influencers*, que obtienen importantes beneficios a través de la promoción de marcas y productos)¹⁴. Así, igualmente, podría ser el supuesto en el que una persona descarga una aplicación de mensajería instantánea que usa tanto para sus comunicaciones personales como profesionales. En este caso, habrá que estar al uso predominante para determinar si se encuentra protegida por la normativa.

Por otro lado, existen supuestos en los que el destinatario del contenido o servicio lo usa sólo para un fin personal pero incluye publicidad (por ejemplo, en un *blog*) para obtener algún beneficio de su actividad. Este particular con ánimo de lucro ¿podrá ser consumidor? Habrá que estar a la interpretación que hagan los tribunales aplicando el precepto general a los distintos supuestos que se planteen en la práctica, como ha ocurrido hasta ahora.

En concreto, en nuestro país, el Tribunal Supremo ha establecido que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. De esta forma, el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse y 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 realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario (STS 16/2017, Civil (Pleno) de 16 de enero 2017, ECLI: TS:2017:17 y STS 683/2017, Civil, de 18 de diciembre, ECLI: TS:2017:4449, entre otras). Siguiendo esta doctrina, si la actividad que le reporta beneficios es realizada de forma permanente o habitual, no debe ser considerado como consumidor a efectos TRLGDCU¹⁵. No obstante, si se realiza como un hecho aislado y sin la nota de habitualidad propia de las actividades empresariales, debe considerarse como consumidor y, en este sentido, extender al mismo la protección otorgada por la legislación especial. En la jurisprudencia europea se ha ido más allá, sin embargo, entendiendo que cabe considerar a una persona como consumidor también en los casos en los que realice la actividad económica con cierta asiduidad, si la celebración de ese contrato no forma parte de la actividad profesional de esa persona (STJUE de 2 de abril de 2020, C-500/18, EU:C:2020:264).

¹³ Esta posibilidad de comunicación e intercambio de contenidos entre los usuarios se consolidó con la denominada web 2.0. Este término establece una distinción entre la primera época de la Web (donde el usuario era básicamente un sujeto pasivo que recibía la información o la publicaba) y la revolución que supuso el auge de los blogs, las redes sociales y otras herramientas relacionadas. En efecto, la web 1.0 se caracterizaba fundamentalmente por ser un punto de acceso unilateral de la información. Las páginas web eran estáticas, la renovación de contenidos era poco frecuente y, además, no existían herramientas de comunicación en línea del titular de la web con sus usuarios. No obstante, con la evolución de Internet hacia la web 2.0, los usuarios de redes electrónicas de comunicación han pasado a ser los protagonistas en la publicación de contenidos. Véase, AGUSTINOY GUILAYN/MONCÚS RUIZ, *Aspectos legales de las redes sociales*, 2ª edición, 2015, p. 220, Internet hace posible que cualquier particular con acceso a la red se pueda convertir en proveedor de contenidos, lo que tiene lugar a través de las páginas web o *blogs*, la participación en foros, la difusión de contenidos a través de las redes sociales u otros servicios.

¹⁴ ESPÍN ALBA, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p. 12.

¹⁵ Sobre la jurisprudencia al respecto NAVARRO CASTRO, «El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor», en ATAZ LÓPEZ/ GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 330.

En definitiva, estas nuevas situaciones plantearán dudas sobre la aplicación de la normativa protectora a estos nuevos *prosumidores* en los casos de contratos mixtos o directamente se negará la aplicación a los mismos si se considera que realizan fundamentalmente una actividad comercial. Ello vuelve a plantear la oportunidad de proteger a los autónomos/as o pequeñas empresas que en muchos casos se encontrarán también en una situación de clara inferioridad respecto a los suministradores de contenidos y servicios digitales¹⁶, opción que por ahora no ha sido acogida por el legislador español¹⁷.

2.2 Empresario

El empresario se define como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con los contratos regulados por la Directiva (art. 2, apartado 5 DCSD). Al incorporarse la DCSD al TRLGDCU, el suministrador de los contenidos o servicios digitales será toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 4 TRLGDCU).

Se ha de señalar que, en muchos casos, el suministrador será una plataforma digital. Estas plataformas pueden definirse, en términos generales, como aquellas que ofrecen un servicio electrónico (fundamentalmente a través de Internet) que permite la oferta y contratación de bienes y/o servicios entre los sujetos participantes. Se tratan, básicamente, de nuevos escenarios (electrónicos) que permiten la búsqueda, comparación y elección del bien o servicio que se desea, con una rapidez y eficiencia hasta ahora desconocida. Como se ha puesto de manifiesto, estas plataformas digitales crean un mercado abierto para el uso e intercambio de bienes o servicios, en muchos casos infrautilizados, que vuelven al mercado a cambio de otro bien o servicio (trueque) o cambio de alguna contraprestación económica¹⁸. Estas ofrecen básicamente un servicio consistente en favorecer la contratación entre proveedores de bienes y servicios con otros usuarios, ofreciendo la herramienta necesaria para la perfección de los negocios, además de otras que facilitan la búsqueda de las ofertas adecuadas y la información relativa a las mismas. Se trata de una actividad económica a través de la cual se obtendrán beneficios por la comisión que obtenga por cada contrato celebrado o través de la publicidad incluida en la misma.

No obstante, este contrato de acceso no siempre se celebra con todos los grupos de usuarios participantes. En efecto, existen supuestos en los que los buscadores de ofertas (los futuros o potenciales clientes) no han de darse de alta o registrarse (por emplear la terminología propia de este contexto) en la plataforma para comenzar a usarla. Sí existirá, sin embargo, un contrato con los proveedores de bienes y servicios que publican sus ofertas a través de la plataforma. En esta

¹⁶ En esta línea, pone de manifiesto ESPÍN ALBA, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p. 34, que resulta necesaria la reflexión sobre la conveniencia o no de ampliar fronteras del concepto de consumidor.

¹⁷ Según CÁMARA LAPUENTE, «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, junio, 2021, p. 5, hubiese sido preferible que el legislador español hubiese clarificado este aspecto y no dejarlo al albur de la jurisprudencia y sus posibles cambios de criterio.

¹⁸ CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12, núm.2, octubre, 2020, p. 286.

línea, establece expresamente el considerando 18 DCSD que pueden ser considerados empresarios a los efectos de la 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.

No obstante, entendemos que en el supuesto de que la plataforma digital actúe como intermediaria del contrato que se celebre entre el empresario y el consumidor, no será responsable por las faltas de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados. La DCSD deja fuera de su ámbito de aplicación los supuestos en los que el suministrador es una plataforma que actúa como mera intermediaria del contrato de suministro en cuestión¹⁹. Igualmente, entendemos que se ha dejado fuera en nuestro ordenamiento al no haber acogido el legislador español la posibilidad de ampliar la responsabilidad a la misma en estos supuestos²⁰.

En definitiva, el suministrador sometido a la nueva regulación será aquel que actúe como parte contractual directa con un consumidor en el ejercicio de su actividad empresarial, comercial o profesional, siguiendo la definición que ya venía consagrándose en las anteriores directivas de protección de consumidores.

3. Concepto y naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

El art. 3.1 DCSD define los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales como aquellos en los que el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio (en dinero o representación digital del valor²¹). También se aplica a los contratos en los que el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo que estos se usen por el profesional para cumplir las obligaciones derivadas del contrato o los requisitos legales a los que esté sujeto en su caso.

Como vemos, el concepto hace referencia tanto a bienes como servicios digitales de la más variada naturaleza. Así, dentro de estos últimos, el propio art.2 DCSD especifica que un servicio digital es aquel que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital (servicios de almacenamiento en la nube, por ejemplo) o un servicio que permita compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de este servicio, o interactuar de cualquier forma con dichos datos (así, como ejemplo paradigmático, los servicios de redes sociales)²².

¹⁹ SÉNÉCHAL, *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 50.

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 23.

²¹ El propio considerando 23 DCSD aclara que pueden ser cupones o vales electrónicos y las monedas virtuales reconocidas por el Derecho nacional. Respecto a los mismos establece que las representaciones digitales de valor no tienen otra finalidad que servir como método de pago y, por tanto, no deben ser consideradas un contenido digital o un servicio digital en el sentido de la DCSD.

²² Resulta muy ilustrativa la ejemplificación respecto del objeto de este contrato realizada en el considerando 19 DCSD. En concreto, se dispone que la Directiva se aplica, 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 servicios 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.

También se incluyen, dentro de su ámbito de aplicación, los bienes que estén incorporados a 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 (considerando 20 y art. 3.3 DCSD). Es indiferente, por tanto, la forma de suministro del contenido o servicio digital (mediante descarga, acceso *on line* o un soporte material)²³.

Deja fuera de su ámbito de aplicación, sin embargo, los bienes con elementos digitales, definidos estos como los bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumplieren su función (piénsese, por ejemplo, en un reloj o televisión inteligente). Estos bienes se rigen por lo dispuesto en la Directiva 771/2019²⁴. Como se ha puesto de manifiesto²⁵ de la interpretación de los considerandos con el precepto ha de entenderse que los bienes con elementos digitales han de reunir dos características. En primer lugar, que el contenido o servicio digital esté interconectado con el bien, de forma que su ausencia impediría que cumpliera su función (funcionalidad que ha de interpretarse de acuerdo con las particularidades del concreto negocio). En segundo lugar, el contenido o servicio debe facilitarse con tales bienes como consecuencia de un contrato de compraventa con independencia de si ya se encuentra instalado o ha de ser descargado por el consumidor. Si se adquiere posteriormente por el consumidor a través de un acuerdo que no forma parte de un contrato de compraventa, ese contrato debe considerarse independiente y estar sometido a la DCSD. En caso de duda, se considera que se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, tal y como se dispone expresamente en el considerando 21 DCSD (y el considerando 15 de la Directiva 771/2019). Esta distinción resulta relevante en orden a distinguir, en su caso, al sujeto responsable en caso de incumplimiento contractual²⁶.

²³ Al respecto, establece el considerando 19 que 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.

²⁴ Considerandos 21 y 22 y art. 3.4 DCSD.

²⁵ FERNÁNDEZ CHACÓN, *Derecho y nuevas tecnologías*, p. 572). En cualquier caso, como manifiesta el citado autor, esta distinción no resulta acorde con el mercado actual (y previsiblemente el futuro) teniendo en cuenta la creciente dificultad que plantea la distinción entre los bienes con contenidos digitales y los contratos mixtos, pues actualmente la interconexión entre los bienes y los contenidos digitales a ellos incorporados es muy intensa, de forma que no siempre será fácil clasificarlos de acuerdo con las categorías creadas en ambas Directivas.

²⁶ En efecto, en el caso de un contrato de compraventa de un bien con elementos digitales, el sujeto responsable será el vendedor o el productor del mismo. Así, por ejemplo, un teléfono inteligente podría presentarse con una aplicación preinstalada que se suministrase en virtud del contrato de compraventa, como una aplicación de alarma o una aplicación de cámara. En este caso, el propio teléfono sería el bien con elementos digitales, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa (véase considerando 15 Directiva 771/2019). Si esta aplicación falla, será el vendedor del bien el que deba repararlo o sustituirlo, según las normas de la Directiva de compraventa. No obstante, en el caso de que se trate de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, es el empresario suministrador del mismo el que ha de poner a disposición del consumidor los remedios previstos en la DCSD. Así, por ejemplo, si el consumidor descarga en un teléfono inteligente una aplicación de juego desde la tienda de aplicaciones, el contrato de suministro de la aplicación de juego es independiente del contrato de compraventa del propio teléfono inteligente y será el suministrador de dicho juego quien responda. Sobre esta cuestión CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 11, opina que hubiese sido preferible que el legislador hubiese optado por dar la posibilidad al consumidor de un bien con elementos digitales de reclamar, en estos casos, directamente al proveedor del contenido digital y no sólo al vendedor pues, en muchos casos, el vendedor no podrá poner el contenido digital en conformidad, debiendo optar el consumidor entonces por reducir el precio o resolver el contrato.

Por otro lado, la DCSD no determina la naturaleza jurídica del contrato, dejando esta cuestión a los Estados miembros en su labor de adaptación de la norma a su propio ordenamiento. Si bien es cierto que en la propia definición se habla de servicio (art. 2., apartados a) y b) DCSD) frente a datos suministrados al consumidor (art. 2.1 DCSD), ello no implica ninguna diferencia en el tratamiento jurídico de unos y otros. La propia Directiva establece expresamente en su considerando 12 que no se determina la naturaleza jurídica de los contratos sobre suministro digitales²⁷. Ello ha sido en general alabado como una forma de no quedar obsoleto en seguida. En este sentido se ha manifestado que la Comisión acierta al elegir una nueva vía para regular esos contratos, con empleo de una técnica legal con un alto nivel de abstracción, como la única manera de acompañarse con el alto nivel de innovación tecnológica de la industria y con la continua aparición de nuevos modelos de negocio²⁸.

Por su parte, el legislador español no ha incorporado expresamente la noción de contrato de suministro de contenido y servicios digitales, limitándose a determinar en el art. 59 bis TRLGDCU el concepto de contenido y servicio digital. Así, en la letra d) del citado precepto mantiene el concepto de contenido digital que antes se encontraba en la letra i), este es, «los datos producidos y suministrados en formato digital». En la letra o) define el servicio digital del mismo modo que la DCSD, y que no reproducimos por evitar reiteraciones.

No obstante, la nueva definición del contrato de servicios sí incluye a aquellos digitales al establecer expresamente que «se trata de 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» (letra g), art. 59 bis TRLGDCU). En consecuencia, se ha optado por incluir al contrato cuyo objeto sea un servicio digital en la categoría de los contratos de servicios, dejando sin tipificar, sin embargo, a los contratos de suministro de contenidos.

En nuestra opinión, hubiese sido preferible trasponer el concepto ofrecido por la Directiva, es decir, un concepto único de suministro, por ser esta la opción más apegada a la realidad en la que se desenvuelven estos negocios²⁹.

En efecto, es frecuente que en este tipo de contratos confluyan diversas prestaciones de distinta naturaleza (suministro de datos y servicios) lo que dificultará, en la práctica, que puedan ser calificados exclusivamente como de servicios o suministro de datos (lo que, por su parte, no constituye una categoría contractual). Además, el contrato de suministro de contenidos digitales podrá ser calificado en algún caso también como contrato de servicios en atención a las prestaciones propias del suministrador. Así, por ejemplo, entendemos que el suministro de videos *in streaming* que, según la definición legal, es un contrato de suministro de contenido,

²⁷ Estamos de acuerdo con MIRANDA SERRANO, *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021, p. 7 cuando establece que precisamente la adopción por parte del legislador europeo de la noción de «suministro» determina su voluntad de no decantarse por ningún tipo contractual conforme al cual se pudiera calificar a este contrato. Se trata de un concepto que carece de un contenido jurídico propio, usado de un modo aséptico para referirse a la provisión de contenidos o servicios digitales cualquiera que sea la forma jurídica que se adopte.

²⁸ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret* 3/2016, 2016, p. 14. De la misma opinión, CÁMARA LAPUENTE, «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* 3/2016, 2016, p. 81.

²⁹ Así se ha hecho en la *UK Consumer Rights Act* (Capítulo 3) que establece un régimen jurídico específico de estos contratos sin incluirlos en ninguna de las categorías contractuales reguladas en este ordenamiento.

comparte más características con el contrato de servicios que con cualquier otro tipo contractual, de forma que habría que aplicar al mismo las normas del TRLGDCU dirigidas a estos contratos³⁰.

Al fin y al cabo, los negocios cuyo objeto son contenidos y servicios digitales se caracterizan por su prestación (de naturaleza inmaterial) que se ejecuta, en la mayoría de los casos, a distancia y de forma *on line*. Su calificación dependerá del supuesto concreto (compraventa, arrendamiento, servicios, obra...) sin que quepa, en nuestra opinión, una calificación jurídica generalista como la que realiza el legislador español. En esta línea, la noción de suministro es la que más se acerca a esta realidad en la que las prestaciones a cargo del prestador confluyen en una suerte de *tertium genus* entre cesión de datos y prestaciones de hacer difíciles de clasificar de acuerdo con las categorías tradicionales caracterizadas por su rápida evolución y por la aparición constante de nuevos contenidos.

Respecto a los contenidos digitales suministrados en un soporte material, cabría plantearse si en estos casos estamos ante una compraventa, teniendo en cuenta que el régimen jurídico de la entrega y el derecho de desistimiento es el propio del contrato de compraventa de bienes materiales³¹. No obstante, tampoco aquí podemos afirmar que nos encontramos necesariamente ante este tipo contractual. Por un lado, hay que tener en cuenta que cabe también la simple cesión de uso temporal de este tipo de bienes (por ejemplo, el alquiler de una película). Por otro lado, aun cuando la finalidad sea la adquisición del mismo a cambio de un precio, no debe entenderse que adquiere la propiedad del contenido. En estos casos, adquiere el derecho sobre el soporte material pero no así de los contenidos, que seguirán siendo propiedad de sus titulares (así, en nuestro ordenamiento, arts. 3.1 y 56.1 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, BOE nº 97, de 22.4.1996.)³².

En cualquier caso, la regulación unificada de los requisitos de conformidad y remedios de ambos contratos (contenidos y servicios) garantiza condiciones equitativas entre los proveedores de las diferentes categorías de suministro. Todo ello resulta bastante novedoso teniendo en cuenta que la misma se aplica tanto a los contratos en los que se transfiere la propiedad de un bien o se cede el uso durante un tiempo, como aquellos en los que la prestación principal consiste

³⁰ Así, las normas del derecho de desistimiento (arts. 103, apartado a) y 104 apartado a) TRLGDCU). En concreto, la Directiva 2019/2161 establece un régimen similar para los contratos de servicios y de suministro de contenidos digitales. Así, para los contratos de prestación de servicios, el consumidor perderá el derecho a desistir una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado y, si el contrato impone al consumidor una obligación de pago, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que, una vez que comerciante haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento. Para los contratos de suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material el consumidor perderá su derecho de desistimiento cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor una obligación de pago, cuando haya otorgado expresamente su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento y el consumidor haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento.

³¹ En efecto, respecto a estos bienes se hace una salvedad en la propia DCSD que dispone que no le serán aplicables los arts. 5 y 13 DCSD. Como el propio considerando 20 dispone, en estos casos deben aplicarse las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE sobre las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega. La Directiva 2011/83/UE modificada recientemente por la Directiva 2019/2161, en su art. 2.1, apartado 3 define un bien todo «objeto mueble tangible», lo que incluye, por tanto, al soporte material y al contenido a él incorporado.

³² MIRANDA SERRANO, *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021, p. 8. CÁMARA LAPUENTE «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista Cesco de Derecho de consumo*, 11/2014, 2014, p. 95.

fundamentalmente en un hacer (un servicio), estableciéndose unos criterios de conformidad y remedios común a todos ellos cuando, tradicionalmente, en las legislaciones de la mayoría de los países se ha distinguido el régimen jurídico de uno y otro teniendo en cuenta que, en el primer caso, existe una obligación de resultado y, en el segundo, una de medios³³.

En definitiva, la dualidad consagrada implícitamente en nuestro ordenamiento (contrato de suministro de contenidos digitales-contrato de servicios digitales) no está justificada ni en atención a la naturaleza del objeto ni de acuerdo con la práctica habitual de estos negocios. En esta línea, estimamos que la diferencia que pudiera surgir en el tratamiento de estos contratos de acuerdo con esta calificación jurídica deberá ser valorada en el caso concreto para determinar si está justificada. Por otro lado, los criterios de conformidad y remedios son los mismos en ambos supuestos, lo que garantiza el tratamiento unificado en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación y, en definitiva, la identidad en la protección del consumidor en ambos casos. En conclusión, creemos que la solución que mejor se adapta a esta nueva realidad es la de prescindir de dichas calificaciones, sin perjuicio de que pueda resultar aplicable un determinado régimen jurídico como supletorio en función de la concreta naturaleza de la obligación asumida por el proveedor.

4. Breve mención sobre el suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales

Como es sabido, una de las principales novedades de la DCSD es precisamente la inclusión en su ámbito de aplicación de aquellos contratos en los que el servicio y/o contenido digital no se recibe a cambio de un precio en dinero, sino que se adquiere a cambio de ceder datos personales al empresario, protegiendo así también al consumidor en este supuesto, que dispondrá de los remedios regulados en la misma en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del suministrador (art. 3.1 DCSD)³⁴. En palabras del considerando 24 DCSD, la norma debe aplicarse, por ejemplo, cuando el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico para que sean usados por el suministrador para fines distintos del propio suministro o para cumplir determinados requisitos legales, por ejemplo, para fines comerciales.

Esta decisión ha sido generalmente alabada pues no cabe duda de que en estos supuestos no se ofrecen los contenidos o servicios de forma altruista o gratuita, si no que se hace a cambio de obtener ciertos datos del cliente, a través de los cuales el empresario obtendrá importantes

³³ Así, BEALE, «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», Workshop for the Juri Committee, 2015, p. 22.

Disponible en <http://www.epgencms.europarl.europa.eu> (Fecha de consulta: 20.12.17).

³⁴ Igualmente, la Directiva 2019/2161, que modifica la Directiva de 2011/83/UE, ha incluido en su ámbito de aplicación a los contratos en los que el consumidor cede sus datos personales al suministrador, disponiendo el art. 3.1 bis que: «La presente Directiva se aplicará asimismo cuando el comerciante suministre o se comprometa a suministrar contenido digital que no se preste en un soporte material o un servicio digital al consumidor, y el consumidor facilite o se comprometa a facilitar datos personales al comerciante, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el comerciante para suministrar el contenido digital que no se preste en un soporte material o el servicio digital con arreglo a la presente Directiva o para que el comerciante cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el comerciante no trate tales datos para ningún otro fin».

beneficios³⁵. Se reconoce así el valor económico que tienen los datos personales en el Mercado digital³⁶. En efecto, nadie duda de la rentabilidad que las empresas obtienen a través de los datos que obtienen de los usuarios, de forma que hoy se ven como auténtica moneda de cambio³⁷. El hecho de que la DCSD reconozca esta realidad justifica que también en estos casos el consumidor tenga a su disposición los remedios legales establecidos en caso de incumplimiento del prestador, protegiéndose así sus legítimas expectativas en el contrato.

Por su parte, el considerando 25 DCSD determina que no se aplica 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. Igualmente, sigue estableciendo que tampoco resulta aplicable a aquellas 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 tienen la libertad de ampliar su aplicación a tales situaciones o de regular tales situaciones. Por tanto, lo decisivo a efectos de aplicación de la norma en estos supuestos será determinar si se ha celebrado o no un contrato conforme al Derecho nacional. En caso afirmativo, el uso de *cookies* o publicidad puede determinar también la aplicación de la normativa, teniendo en consecuencia el consumidor la disponibilidad de los remedios también en estos supuestos³⁸.

En concreto, en el art. 59.4 TRLGDCU se establece expresamente que: «El ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios 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»³⁹. El legislador español no ha incluido el uso de *cookies* o la mera exposición de publicidad como acuerdos sometidos a la regulación, de

³⁵ Así, CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016, 2016, p. 21, opina que se trata de una decisión valiente y bien enfocada. De este modo, las instituciones comunitarias han tenido en cuenta el valor económico y de cambio que tiene los datos, huyendo así del yugo dogmático de considerar gratuito a este contrato.

³⁶ Como pone de manifiesto CASTILLO PARRA, «Economía digital y datos entendidos como bienes», en CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, p. 290, es necesario que se comiencen a contemplar estos datos no sólo desde una proyección personal de los titulares a los que se refieren, si no, junto a ello, como una mercancía objeto de intercambio, es decir, como auténticos bienes.

³⁷ ARENAS RAMIRO, «Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades», en RALLO LOMBARTE/GARCÍA MAHAMULT (coords.), *Hacia un nuevo derecho de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 313. Gráficamente, se ha establecido que los datos son la moneda del futuro SCHULZE/STAUDENMAYER/LOHSSE, «Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps-An introduction», en SCHULZE/ STAUDENMAYER/ LOHSSE (eds.), *Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden 2017, p. 10.

³⁸ GARCÍA PÉREZ, «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 179.

³⁹ Se refiere el precepto al Libro segundo TRLGDCU titulado «Contratos y garantías». Como ha puesto de manifiesto CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 18, el hecho de incluir a estos contratos en el ámbito de aplicación del Libro II TRLGDCU, tiene la consecuencia fundamental que, a estos, se aplicará no sólo el régimen de la falta de conformidad previsto en Título IV de dicho Libro, sino además todo el régimen del deber de información precontractual, cláusulas abusivas y derecho de desistimiento.

tal forma que puede entenderse que, en estos supuestos, no hay estrictamente hablando un contrato de suministro, quedando sometida esta actividad exclusivamente a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico, en lo que resulte aplicable⁴⁰.

Por otro lado, a pesar de haberse eliminado la palabra contraprestación para hacer referencia a esta cesión de datos (término que sí aparecía en la propuesta de Directiva de 2015 y que fue duramente criticado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos⁴¹), se sigue protegiendo exactamente al mismo consumidor, este es, aquel que cede datos personales al suministrador al margen de los necesarios para realizar la prestación y los que exija la Ley siendo evidente, además, que estos datos se ofrecen a cambio de disfrutar determinados contenidos o servicios (por los cuales no se paga un precio en dinero)⁴². En esta línea, el propio art. 119 ter TRLGDCU, apartado segundo, usa expresamente el término contraprestación al regular la resolución contractual en caso de incumplimiento del suministrador. Dispone expresamente el precepto 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» (resaltado propio). En nuestra opinión, cabe perfectamente calificar la cesión de datos personales como la prestación que ha de realizar el consumidor a cambio del contenido o servicio suministrado, sin perjuicio de que sea necesario adaptar el régimen contractual a la especial naturaleza de la obligación principal que asume el consumidor⁴³.

⁴⁰ En efecto, en este caso podrá ser considerado un destinatario de un servicio de la sociedad de la información, definido en la Ley como aquel que usa, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información (Anexo «definiciones», letra d).

⁴¹ En el Dictamen elaborado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Propuesta de Directiva 9.12.15 publicado el 14 de marzo de 2017, se dispone expresamente que expresamente que: «No obstante, la presente Propuesta plantea un aspecto problemático, ya que será aplicable en situaciones en las que el contenido digital se obtenga por el pago de un precio, pero también cuando el contenido digital se suministre a cambio de una contraprestación no monetaria en forma de datos personales o de otra índole. El SEPD advierte contra cualquier nueva disposición que introduzca la idea de que los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero. Derechos fundamentales como el derecho a la protección de los datos personales no pueden quedar sometidos al puro interés de los consumidores, como tampoco deben considerarse los datos personales como una mera mercancía». Disponible en <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-01> (p. 1) (Fecha de consulta 8.3.2021).

⁴² De hecho, muchos autores siguen usando la palabra contraprestación para referirse a la cesión de datos del cliente en el marco de este negocio. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ CHACÓN, *Derecho y nuevas tecnologías* p. 579. En esta línea, también se manifiesta ESPÍN ALBA, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p. 20, que defiende que estamos ante un concepto amplio de onerosidad en los términos del art. 1274 CC, pero con la especialidad de un intercambio que afecta a derechos fundamentales. Igualmente, AGUILERA RUIZ, «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/HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Pamplona 2020, p. 122 opina que «por mucho que el legislador afirme lo contrario en la parte no dispositiva de la Directiva 2019/770, los datos personales del consumidor adquieren naturaleza de *res intra commercium*, al convertirse en objeto del pacto contractual». Igualmente, refiriéndose a la cesión de datos como contraprestación, SEIN/SPINDLER «The new Directive on contracts for supply of digital content and digital services-conformity criteria, remedies and Modifications-Parts 2», *European Review of Contract Law*, n°15, 2019, p. 390.

⁴³ Al respecto, opina DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 104 y 105, que «aunque el pleno reconocimiento del tratamiento de datos personales como prestación contractual requiera más desarrollo, habida cuenta de las particularidades intrínsecas al objeto al objeto al que se refiere esta prestación contractual, de la legislación vigente no parece que pueda inferirse que la transacción consistente en el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del tratamiento de los datos personales

En este caso, por tanto, el consumidor cede sus datos personales al suministrador para que este los trate para fines específicos distintos del cumplimiento de obligaciones contractuales o legales, a cambio de disfrutar de bienes o servicios de naturaleza digital.

Como es sabido, la cesión y tratamiento de datos personales determina la aplicación del Reglamento 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 nº119, de 4.5.2016, en adelante, RGPD), en concreto, de su art. 6, que regula los fundamentos jurídicos para el tratamiento de datos personales⁴⁴.

Respecto a lo que ahora interesa, dispone el precepto mencionado que para que el tratamiento de los datos personales del consumidor sea lícito, ha de basarse en el consentimiento expreso del mismo. Las características que ha de reunir este consentimiento son que sea libre, específico, informado e inequívoco⁴⁵. La principal novedad que introduce el Reglamento en relación con el consentimiento es que este ha de constituir un acto afirmativo de forma que no se admite de forma tácita o por inacción del interesado, por silencio o por la opción de casillas que vengan ya marcadas⁴⁶. De esta forma, el consumidor ha de consentir activamente en la cesión y tratamiento de datos personales que haga el suministrador, salvo en los casos expresamente previstos en el art. 6, letras b-f RGPD⁴⁷.

En cuanto a los aspectos contractuales de este negocio, hay que destacar que el art. 7.3 RGPD regula la facultad del interesado de revocar en cualquier momento el consentimiento sin

pueda justificarse de otro modo que a través de la celebración de un contrato oneroso entre las partes, ya sea de compraventa, servicios o permuta, por citar algunos ejemplos». En este sentido, no debemos olvidar que no es la primera vez que se reconoce la facultad de explotar la vertiente económica de un derecho de este tipo a su titular. Así, la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE nº 115, de 14.05.1982), prevé la posibilidad de que el afectado consienta la intromisión en su intimidad o propia imagen, debiendo este incluso indemnizar en aquellos casos en los que revoque su consentimiento y cause un daño a aquel con quien contrató (art. 2).

⁴⁴ Por supuesto, siempre que el suministrador trate datos personales del consumidor será de aplicación el RGPD, con independencia de si ese tratamiento se realiza en el marco de la relación contractual para cumplir las obligaciones o a cambio de ofrecer determinados contenidos o servicios digitales. Así expresamente lo dispone el considerando 38 DCSD que establece que el tratamiento de los datos personales del consumidor en el ámbito de los contratos regulados en la Directiva, ha de ser conforme con lo dispuesto en el RGPD, en relación con la validez del consentimiento dado por el consumidor, y los derechos de supresión y portabilidad de los datos.

⁴⁵ En efecto, el art. 4, apartado 11 RGPD define el consentimiento como toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

⁴⁶ MORALES BARCELÓ, «El consentimiento del interesado en materia de protección de datos del reglamento UE 2016/679», en CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, p. 310.

⁴⁷ Dispone el precepto mencionado que el tratamiento será lícito si: b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) 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; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

necesidad de justificarlo⁴⁸. El ejercicio de esta facultad por parte del consumidor determina que, a partir de ese momento, el tratamiento deja de ser lícito, debiendo el suministrador cesar en el mismo.

Los efectos contractuales de esta revocación no se han regulado expresamente en la DCSD. No obstante, el legislador español sí ha tenido en cuenta esta circunstancia regulando expresamente las consecuencias de la retirada o revocación del consentimiento del consumidor en estos supuestos. Así, en el art. 119 ter, apartado 7 TRLGDCU se establece que: «El ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato 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. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo». De esta forma, se concede la posibilidad al empresario de resolver el contrato dejando de prestar el servicio o suministrar el contenido en ese momento. De esta regulación puede extraerse, igualmente, que si el servicio o el contenido ya está completamente suministrado, no podrá el prestador resolver el contrato y solicitar la devolución de lo ya ejecutado. Por otro lado, deberán aplicarse, con las debidas adaptaciones, las normas reguladoras de los efectos de la resolución contractual contenidas en el art. 119 ter TRLGDCU⁴⁹.

En concreto, respecto a los datos personales y de acuerdo con lo establecido en el RGPD, el consumidor tendrá el derecho de acceso (art. 15 RGPD)⁵⁰, supresión (art. 17 RGPD)⁵¹ y

⁴⁸ En concreto dispone el art. 7.3 RGPD que: «El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo». El propio considerando 39 DCSD determina que el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales debe aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. Igualmente, el derecho del consumidor a resolver el contrato 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.

⁴⁹ Señaladamente, aquellas referentes a la obligación de abstención de uso de los datos personales y de los contenidos generados por el usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales y el derecho de este a recuperar los contenidos digitales que haya 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. Por su parte, el suministrador podrá impedir al consumidor o usuario cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales, en particular, haciendo que estos no sean accesibles para el consumidor o usuario o inhabilitándole la cuenta de usuario.

⁵⁰ El derecho de acceso se define como aquel que tiene el interesado a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a determinada información contenida en las letras a-h del art. 15 RGPD. Asimismo, el interesado tiene derecho a una copia de los datos personales objeto de tratamiento.

⁵¹ El derecho de supresión, conocido por derecho al olvido, es el derecho del interesado 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 concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

portabilidad (art. 20 RGPD)⁵². Estos derechos los tendrá el consumidor cualquiera que sea la causa de terminación del contrato⁵³.

En resumen, la principal novedad en orden a la protección del consumidor que paga con sus datos personales es la posibilidad de exigir la puesta en conformidad del objeto del contrato, remedio hasta ahora exclusivo del consumidor que pagaba un precio en dinero. En efecto, el remedio resolutorio no ofrece ninguna ventaja añadida a la que ya se obtiene por la retirada de su consentimiento que le concede el RGPD, pues el que puede lo más (dejar de cumplir su prestación por su sola voluntad sin alegar causa alguna), puede evidentemente lo menos (resolver el contrato por incumplimiento que, además, en este caso, no ha de tener la gravedad que sí se exige en el supuesto en el que el consumidor paga un precio en dinero, como veremos más adelante). Además, en caso de incumplimiento por parte del suministrador, el consumidor podrá exigir una indemnización de daños que sean consecuencia de dicho incumplimiento. Este remedio indemnizatorio no se encuentra regulado en la Directiva, aunque se reconoce en el considerando 73 de la misma⁵⁴ y está previsto expresamente en el art. 116.2 TRLGDCU⁵⁵.

En definitiva, los contratos de suministro de contenidos digitales que se ofrezcan a cambio de obtener datos personales del consumidor estarán regidos en cuanto al consentimiento del titular de los datos y la revocación del mismo, por el RGPD. Además, el consumidor tendrá derecho a la puesta en conformidad y a la indemnización de daños, lo que supone sin duda el verdadero paso de la normativa en orden a proteger el interés del mismo aun cuando no haya pagado un precio en dinero.

⁵² El derecho a la portabilidad de los datos consiste en recibir los datos personales que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando: a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.

⁵³ CÁMARA LAPUENTE, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 143. SÉNÉCHAL, «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 *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, 2020, p.148.

⁵⁴ En efecto, el considerando 73 dispone lo siguiente: «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» (el resaltado es nuestro). La propuesta de Directiva de 2015 sí regulaba expresamente esta cuestión en su art. 14.1 que expresamente establecía lo siguiente: «El proveedor será responsable ante el consumidor 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. La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato».

⁵⁵ Dispone el art. 116 TRLGDCU lo siguiente: «En todo caso, 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».

5. Conformidad de los contenidos y servicios con el contrato

El núcleo de la Directiva se encuentra en el régimen jurídico del cumplimiento y en el sistema de remedios disponibles para el consumidor en los casos en los que el proveedor del contenido no cumpla con su prestación. El régimen jurídico contenido en la misma se ha incorporado al título IV TRLGDCU titulado «Garantías y servicios posventa». En este se incluyen las normas de cumplimiento y los derechos del consumidor ante el incumplimiento, tanto para la compraventa de bienes como para los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

Comenzaremos con el estudio de los requisitos o parámetros para determinar la conformidad de los contenidos digitales. Posteriormente, analizaremos el sistema de remedios de los que dispone el consumidor en los distintos supuestos de incumplimiento contractual.

5.1. Cumplimiento de la obligación de entrega

El art. 5 DCSD regula la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales, lo que constituye la obligación principal del empresario. La norma concreta, por un lado, en qué momento ha de cumplir el empresario y, por otro, cuando se entiende cumplida esta obligación en función de las instalaciones elegidas para el suministro. En nuestro ordenamiento, es el art. 66 bis TRLGDCU el que regula la obligación de suministro de los contenidos. Veamos la regulación de ambos preceptos y si hay alguna diferencia reseñable.

En primer lugar, el art. 5 DCSD dispone que el suministrador deberá entregar los bienes o proveer el servicio en el plazo pactado en el contrato. Teniendo en cuenta la naturaleza de estos, lo normal es que la realización de la prestación se prevea en un plazo relativamente corto de tiempo e incluso inmediatamente después de su perfección⁵⁶. En el caso de que no se haya fijado un plazo, el proveedor deberá cumplir con su obligación «sin demora indebida» tras la celebración del contrato. Por su parte, el art. 66 bis.1 TRLGDCU igualmente prevé que se suministren sin demora indebida, salvo que las partes acuerden otra cosa.

En cualquier caso, el legislador europeo (y en consecuencia el español) ha preferido no imponer un plazo de cumplimiento dada la diversidad de contenidos y servicios digitales existentes en el mercado, lo que determina que cada uno puede requerir su tiempo de ejecución. Habrá que estar, por tanto, al caso concreto, para determinar si ha ejecutado en plazo o si existe un retraso indebido en el suministro.

En segundo lugar, el art. 66 bis.1 TRLGDCU (al igual que el art.5.2 DCSD) establece los criterios para determinar cuándo se entiende cumplida la obligación de suministro. Al respecto dispone que el empresario habrá cumplido cuando el contenido o el medio para descargarlo hayan sido puesto a disposición del consumidor o sea accesible y el servicio sea accesible para el consumidor o para la instalación física o virtual elegida por él.

Sobre esta cuestión, el considerando 41 DCSD realiza una serie de aclaraciones que merece la pena indicar. Por un lado, dispone que son accesibles o están disponibles cuando hayan llegado al entorno del consumidor y no sean necesarios otros actos del empresario para que el

⁵⁶ Piénsese, por ejemplo, en la contratación de un servicio de almacenamiento en la nube en el que lo normal es que una vez perfeccionado el negocio, el consumidor pueda acceder al espacio virtual para almacenar sus documentos.

consumidor pueda empezar a utilizarlos conforme al contrato. Se distinguen en este supuesto básicamente dos casos, a saber: que la instalación física o virtual haya sido elegida por el consumidor o que haya sido elegida o impuesta por el empresario.

En el primer caso, el empresario cumple cuando suministre los contenidos al tercero que gestione la instalación física o virtual elegida por el consumidor. Así, por ejemplo, cuando envíe el contenido digital al correo electrónico del consumidor cuando ha sido esta la opción elegida por el cliente para recibir la prestación. En el segundo caso, este es, que sea el empresario el que haya impuesto la instalación para recibir el contenido, será necesario que el consumidor pueda acceder al contenido o servicio para que se entienda cumplida la obligación de suministro.

Finalmente, si el empresario no suministra los contenidos digitales en el plazo fijado contractualmente o sin demora indebida, el art. 13 DCSD emplaza al consumidor a que solicite al empresario el suministro sin demora indebida o conforme a un plazo adicional que las partes expresamente acuerden. Si en este caso sigue sin suministrar el contenido o servicio, el consumidor podrá resolver el contrato. Por su parte, el art. 66 bis.2, párrafo segundo TRLGDCU dispone igualmente que: «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». De esta forma, se articula como una potestad del consumidor el conceder un plazo adicional al empresario, sin que se halle obligado a ello⁵⁷.

Respecto a la obligación de entrega de los contenidos incorporados a un soporte material, se aplica el art. 66 bis. 1 párrafo primero TRLGDCU que dispone que: «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». Aquí sí se fija un plazo máximo en el que ha de cumplir el suministrador, sin perjuicio de que el contrato puede establecer otro (que en ningún caso podrá ser mayor). Además, el art. 66 bis.2 párrafo primero TRLGDCU dispone que 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 este supuesto, por tanto, se exige que el consumidor conceda un nuevo plazo al empresario para el cumplimiento de su obligación, estableciéndose una regulación más estricta antes de proceder a la resolución del contrato por incumplimiento.

En definitiva, el empresario debe cumplir su obligación principal (suministro del contenido o servicio) de acuerdo con el plazo pactado en el contrato, sin demora indebida o en el plazo máximo de 30 días (si se facilita en un soporte material). Si no lo hace, el consumidor podrá resolver el contrato, siempre que se hayan cumplido las condiciones descritas.

⁵⁷ No obstante, podrá resolver inmediatamente el contrato (sin necesidad de realizar el aviso anterior) en dos supuestos: cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales y en los casos en los que el consumidor y el empresario hayan acordado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que para el consumidor era esencial que el suministro se produjera en un momento determinado y el empresario no haya entregado los contenidos o servicios digitales en ese momento como muy tarde (art. 66 bis 3 TRLGDCU y art. 13.2 DCSD). De esta forma, en los supuestos en los que el empresario manifiesta expresa o implícitamente su voluntad de no cumplir, o cuando el contrato estuviese sometido a un término esencial determinado (o que pudiera deducirse de las circunstancias), el consumidor podrá resolver el negocio inmediatamente.

5.2. Requisitos de conformidad

El régimen jurídico de la Directiva se centra fundamentalmente en concretar los requisitos de conformidad que han de reunir los contenidos o servicios suministrados y los remedios que tiene el consumidor para el caso de que estos no sean conformes según dichos criterios. La Directiva utiliza el parámetro de la conformidad de los bienes o servicios, siguiendo en este punto el término ya consolidado por 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 (DOCE nº171, de 7.7.1999), aunque adecuándolo, como veremos, a la naturaleza de los bienes y servicios digitales en cuestión⁵⁸. Sobre esta regulación es de destacar que, por primera vez, se utiliza este criterio para determinar cuándo ha existido un cumplimiento exacto de la prestación de un servicio, lo que consideramos un acierto del legislador europeo con el que se logra un régimen uniforme para todos los productos digitales que se ofertan en el mercado.

Los contenidos o servicios digitales han de suministrarse de acuerdo con los criterios de conformidad establecidos en los artículos 7 y 8 DCSD. El art. 7 regula los denominados requisitos subjetivos refiriéndose con ellos a la adecuación entre lo entregado y lo descrito en el contrato celebrado entre las partes. El art. 8 regula los requisitos objetivos, estos son, los criterios legales de cumplimiento de la prestación, con independencia de lo que se haya establecido expresamente en el acuerdo celebrado⁵⁹.

En concreto, en nuestro ordenamiento, dispone el art. 115 TRLGDCU que: «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». Más específicamente, los requisitos están regulados en el art. 115 bis TRLGDCU (requisitos subjetivos) y art.115 ter TRLGDCU (requisitos objetivos).

Hay que tener en cuenta que el momento para determinar la conformidad del contenido o servicio será, en los casos de contratos de tracto único, en el momento de suministro (art. 11.2 DCSD)⁶⁰. En los supuestos de suministro continuo, los criterios de conformidad deberán cumplirse durante todo ese periodo (art. 11.3 DCSD)⁶¹. Veamos más detalladamente cada uno de ellos.

⁵⁸ Como es perfectamente sabido, la Directiva 1999/44/CE introdujo estos parámetros para las ventas de consumo, criterio que tiene su origen en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (BOE nº 26, de 30.1.1991).

⁵⁹ Las reglas de conformidad han cambiado en la versión definitiva de la Directiva respecto de la Propuesta de Directiva de 2015 (COM 2015/0634). En esta sólo se aplicaban los requisitos objetivos de conformidad en los casos en los que el contrato no estableciera de forma clara y comprensible los requisitos aplicables (art. 6. 2). Estimamos que este cambio resulta, sin duda, un acierto por parte del legislador teniendo en cuenta que las cláusulas que regulan los requisitos de conformidad no serán negociadas de forma que, siguiendo el criterio de la Propuesta, siempre que hubiera transparencia el empresario podía determinar libremente el nivel de calidad de su prestación, lo que suponía, sin duda, un claro riesgo de menoscabar las legítimas expectativas del consumidor.

⁶⁰ Así, se establece en el precepto que: «Cuando un contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro, el empresario será responsable por cualquier falta de conformidad, con arreglo a los artículos 7, 8 y 9, de los contenidos o servicios digitales que exista en el momento del suministro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8, apartado 2, letra b)».

⁶¹ Dispone el art. 11.3 DCSD que: «Cuando el contrato establezca el suministro continuo durante un período, el empresario será responsable por una falta de conformidad con arreglo a los artículos 7, 8 y 9 que se produzca o se

a. Requisitos subjetivos

Como acabamos de indicar, estos requisitos son aquellos establecidos expresamente en el contrato. Se trata, en nuestra opinión, de una regulación en cierta medida intrascendente pues, como es sabido, no resulta una novedad en el marco del Derecho contractual, la obligación por parte del suministrador de cumplir conforme a lo establecido expresamente en el negocio celebrado. Sí interesa, sin embargo, como enumeración de las características y cualidades de los contenidos y/o servicios digitales, sin duda útil para fijar los parámetros de cumplimiento. En cuanto a los criterios, se pueden clasificar en tres grupos diferentes:

a) Características principales de los contenidos digitales descritas en el contrato. En primer lugar, se dispone que los contenidos digitales han de ser acordes con la descripción, cantidad, calidad y han de poseer la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad y demás características establecidas en el contrato (art. 115 bis, letra a) TRLGDCU y art. 7, letra a) DCSD). Además, el art. 115 bis TRLGDCU añade un criterio más, este es, ajustarse al «tipo de bien», no expresamente contemplado en la DCSD, aunque sí en el art. 6.1 a) de la Directiva 771/2019.

En cuanto a la cantidad y calidad, la determinación se realizará en función de la naturaleza del contenido o servicio, por lo que no es posible, en principio, su explicación concreta en una norma generalista como pretende ser esta, dada la diversidad de contenidos digitales que existen en el mercado. Así, la cantidad puede ser, por ejemplo, el número de archivos musicales a los que se puede acceder y la calidad puede referirse a la resolución de las imágenes (considerando 42 DCSD).

La funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad están definidas en el art. 2 DCSD y el art. 59 bis TRLGDCU. En concreto, se refiere a ellas de la siguiente manera:

La funcionalidad se define como la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad. Es decir, deberán ser aptos para los fines establecidos en el contrato (art. 59 bis, letra l) TRLGDCU). Así, un servicio de almacenamiento en la nube deberá poseer la capacidad y funciones necesarias para la subida de los archivos del consumidor.

La compatibilidad es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales (art. 59 bis, letra c) TRLGDCU).

Y, por último, la interoperabilidad es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, de forma que el consumidor ha de conocer los entornos (fuera de los comúnmente establecidos) en los que pueden funcionar los contenidos digitales contratados (art. 59 bis, letra ñ) TRLGDCU).

b) Aptos para los fines expresamente declarados por el consumidor y aceptados por el empresario. Se refiere este supuesto a un requisito claramente subjetivo, pues se trata del

manifieste dentro del período durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato».

establecido por acuerdo expreso entre las partes (art. 1115 bis, letra b) TRLGDCU y art. 7.b DCSD))

c) Suministrados junto a todos los accesorios e instrucciones (art. 1115 bis, letra c) TRLGDCU y art. 7.c DCSD). En concreto, las instrucciones resultan especialmente relevantes en este tipo de contratación en el que en la mayoría de los casos el consumidor no será un especialista. Se incluyen igualmente las instrucciones en materia de instalación o integración y asistencia al consumidor y usuario según disponga el contrato. Igualmente deberán contar con las actualizaciones, según disponga el contrato (art. 1115 bis, letra d) TRLGDCU). En cuanto a la actualización, se encuentra más desarrollada en el siguiente artículo que regula los parámetros legales de conformidad.

Llama la atención que el legislador no se haya referido a la seguridad que los contenidos digitales han de ofrecer según lo establecido en el contrato. Este aspecto resulta, sin duda, bastante trascendente teniendo en cuenta que la falta de una adecuada seguridad en los mismos puede dañar los equipos del usuario u otros contenidos. Igualmente, se ha de tener en cuenta la seguridad en cuanto al acceso y/o difusión a terceros de los contenidos del consumidor en el uso de determinados servicios digitales (almacenamiento en la nube, aplicaciones bancarias, etc.). Entendemos, en cualquier caso, que este aspecto puede estar incluido en el más general de la calidad (que sí está expresamente previsto en la norma, como hemos visto), de tal forma que la falta de seguridad expresamente establecida en el contrato podrá dar lugar a una falta de conformidad y, según el caso, podrá justificar la resolución del contrato por su gravedad. Esta característica sí se encuentra dentro de los requisitos objetivos (parámetros legales) que veremos a continuación.

En cualquier caso, el contrato celebrado será un contrato de adhesión de forma que su contenido será impuesto por el profesional sin que haya habido una negociación sobre las características que haya de reunir el contenido o servicio contratado⁶². Precisamente, puesto que es el proveedor el que redacta el contrato, ha podido relajar estos criterios a su conveniencia. En efecto, existe cierto peligro en que sea demasiado laxo o inconcreto en la determinación de los requisitos, características y funcionalidades que han de poseer los contenidos suministrados⁶³. De esta forma entendemos que ante la redacción un tanto generalista y, por ende, menos comprometida del suministrador, actúan determinados límites, estos son, la integración en el contrato con la información precontractual⁶⁴ y los denominados por la DCSD como requisitos objetivos de acuerdo con el art. 8 DCSD y art.115 ter TRLGDCU. Veamos a continuación cuáles son estos.

⁶² De esta forma, como manifiesta CÁMARA LAPUENTE (2016, p. 28), el consentimiento del consumidor sobre los requisitos establecidos en el contrato será meramente formal (aunque vinculante) y, en consecuencia, cabría mejor hablar de parámetros contractuales (frente a los parámetros legales definidos en la Directiva como «requisitos objetivos de conformidad»).

⁶³ El considerando 45 DCSD hace expresa referencia a esta posibilidad cuando establece que «para ser conformes y garantizar que los consumidores no se vean privados de sus derechos, por ejemplo, en aquellos casos en que el contrato establezca cláusulas muy poco estrictas, los contenidos o servicios digitales deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva».

⁶⁴ El propio considerando 42 hace mención expresa a la integración del contrato con la información precontractual suministrada de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2011/85/CE. En nuestro ordenamiento, art. 61.2 TRLGDCU que dispone que: «El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores

b. Requisitos objetivos

Los denominados «Requisitos objetivos para la conformidad» son aquellos criterios legales de determinación del cumplimiento de la obligación por parte del proveedor regulados en el art. 8 DCSD y 115 ter TRLGDCU. El requisito legal de conformidad tiene como objetivo fundamental fijar unos parámetros mínimos sobre la calidad y adecuación de los bienes o servicios entregados, sin necesidad de recurrir a una negociación expresa sobre esta cuestión o a la redacción específica de los mismos en el acuerdo celebrado. Al igual que los requisitos subjetivos, estos parámetros se han configurado de forma general y abstracta, con el fin de que puedan ser adaptados a bienes o productos de muy diversa naturaleza⁶⁵.

En primer lugar, se determina que el contenido o servicio digital suministrado deberá cumplir las normas que sean de aplicación en virtud de legislación específica o códigos de conducta del sector (art. 115 ter letra a) TRLGDCU y art. 8.1 a DCSD)). Así, por ejemplo, y aunque no se establezca expresamente en el contrato, el empresario tendrá que cumplir las normas relativas a la protección de los datos personales del consumidor establecidas en el RGPD⁶⁶. También deberá cumplir las normas sobre propiedad intelectual, garantizando que el consumidor pueda disfrutar de los contenidos suministrados. Al respecto, el propio 117.2 TRLGDCU (art. 10 DCSD) establece expresamente que será considerada una falta de conformidad 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.

En segundo lugar, el contenido o servicio ha de poseer la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien o ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato (art. 115 ter letra b) TRLGDCU).

Por último, se han fijado como criterios conceptos jurídicos indeterminados como la adecuación de los contenidos y servicios a los fines a los que normalmente se destinen aquellos del mismo tipo (art. 115 ter letra a) TRLGDCU y art. 8.1 b DCSD). Igualmente, estos deben presentar la cantidad, calidad y características de funcionamiento en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales (art.115 ter letra d) TRLGDCU y art. 8.1 b DCSD). Igualmente, se impone que se suministren junto con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir (art. 115 ter letra b) TRLGDCU y art. 8.1 c DCSD).

Este criterio se fija objetivamente, teniendo en cuenta la finalidad de los contenidos, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes (considerando 46 DCSD). Además, para determinar lo que el consumidor puede esperar, la propia norma establece un parámetro (no

y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato».

⁶⁵ TWIG-FLESNER, «Conformity of goods and Digital content/digital Services», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 52.

⁶⁶ En concreto, el considerando 48 DCSD determina que los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el RGPD, 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, 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 Directiva.

excluyente de otros que se pudieran usar) que es cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado.

Efectivamente el consumidor podrá razonablemente esperar (y exigir en consecuencia) que el contenido o servicio digital tenga las prestaciones normales, entendiendo por tales las que se encuentran en los bienes/servicios de esa categoría. Así, por ejemplo, que una aplicación de almacenamiento en la nube ofrezca la seguridad apropiada, realice copias de seguridad, pueda albergar tipo de documentos comunes, etc. serán prestaciones exigibles por ser las comúnmente ofrecidas por estos proveedores.

Respecto a las declaraciones públicas o la publicidad, sabemos que vinculan al empresario de forma que estas integran el contenido contractual. Existen, sin embargo, tres excepciones contempladas en la normativa⁶⁷.

En primer lugar, no quedará vinculado si el empresario demuestra que desconocía tal declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera (art. 115 ter.1 d) 1º TRLGDCU art. 8.1 b) i DCSD). Entendemos que esta excepción será sólo aplicable en el supuesto de que dicha declaración se haya realizado por otras personas distintas del propio empresario o sus representantes. Cabe entender que desconoce dicha declaración si la realiza una persona, por ejemplo, en su *blog* recomendando el producto o en una opinión que usualmente se solicita a los clientes.

En segundo lugar, si en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar (art. 115 ter.1 d) 2º TRLGDCU y art. 8.1 b) ii DCSD). Excepción que entendemos razonable y que en la mayoría de los casos se deberá a un error en la declaración.

La última excepción alude al supuesto de que demuestre que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos o servicios digitales (art. 115 ter.1 d) 3º TRLGDCU y art. 8.1 b) iii DCSD). Sin duda, resulta sorprendente esta excepción pues supone una clara incoherencia con la integración de la oferta y publicidad en el contrato (art.61.2 TRLGDCU). Como es sabido, la buena fe objetiva impone el cumplimiento de todas las declaraciones hechas en la etapa precontractual, ya sea en la publicidad o en la información dada antes de la conclusión del contrato, con independencia de que estas hayan influido o no en el momento de contratar el bien o servicio. Con esta excepción se produce la incongruencia de que algunos consumidores podrán exigir una prestación específicamente contemplada en la publicidad y otros no por el solo hecho de que no la contemplaron al realizar el negocio. En cualquier caso, será el empresario el que deba demostrar esta circunstancia para desvincularse de la declaración pública, cuestión sin duda complicada teniendo en cuenta que la mayoría de estos contratos se realizan a distancia y por vía electrónica, lo que impedirá al empresario conocer las razones que mueven a sus clientes a contratar o lo que tuvieron o no en cuenta para hacerlo.

⁶⁷ Las excepciones contempladas son prácticamente las mismas que las previstas en la Directiva 1999/44/CE, en cuyo art. 2.4 se establecía lo siguiente: «El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra: que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo». Igualmente, el art. 7.2 Directiva 771/2019.

Por último, determina el art.115 ter. 6 TRLGDCU (art. 8.6 DCSD) que los contenidos o servicios digitales deberán ser siempre suministrados de conformidad con la versión más reciente, salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo. Aquí una vez más debemos hacer referencia al carácter impuesto de este contrato, de forma que la decisión de suministrar la versión más reciente de los contenidos o servicios será, a la postre, del empresario. En cualquier caso, el suministro deberá realizarse en la versión más actualizada si no se establece nada expresamente y, por supuesto, siempre de acuerdo con lo que el consumidor puede razonablemente esperar⁶⁸.

c. Integración incorrecta

La integración se define en el art. 59 bis, letra n) TRLGDCU como 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 (art. 2.4 DCSD). Como expresamente prevé el art. art. 115 quater TRLGDCU (art. 9 DCSD), la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales será considerada una falta de conformidad si los contenidos fueron integrados por el empresario o bajo su responsabilidad o si, aun siendo integrados por el consumidor, el defecto se debió a deficiencias en las instrucciones proporcionadas por el empresario.

Se aplica a los casos en los que es precisa una instalación o conexión para poder disfrutar de los contenidos digitales (así, por ejemplo, descargar un programa en el ordenador del consumidor) y se trata de la traducción al entorno digital de la denominada *cláusula Ikea* prevista en la Directiva 1999/44/CE para los bienes de consumo⁶⁹.

d. Falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros

El art. 117. 2 TRLGDCU (art. 10 DCSD) prevé un supuesto concreto de falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros. En concreto, dispone el precepto mencionado que «cuando a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario podrá exigir igualmente las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato». Se ha de aclarar, en primer lugar, que esta norma no pretende regular cuestiones sobre derechos de autor u otras limitaciones sobre contenidos digitales de Derecho público o privado, que se regirán por su propia normativa⁷⁰. Se trata, exclusivamente, de regular las

⁶⁸ Así, por ejemplo, puede tenerse en cuenta el precio del contenido o servicio para determinar si cabe esperar la versión más actual del mismo.

⁶⁹ En efecto, el art. 2.5 de la Directiva 1999/44/CE disponía que: «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». Del mismo modo, el actual art. 8 Directiva 771/2019.

⁷⁰ Señaladamente, sobre derechos de autor, la Directiva 2001/29/CE 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 (DOCE núm. 167, de 22.6.2001) y 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 y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE n° 130, de 17.5.2019).

consecuencias jurídicas de la existencia de un vicio jurídico en el contenido digital que impida o limite su uso al consumidor.

Se introduce por primera vez este supuesto de falta de conformidad jurídica en una Directiva de la Unión Europea (también previsto en el art. 9 de la Directiva 771/2019)⁷¹. En concreto, en el caso del ordenamiento jurídico español, se acerca a los supuestos de evicción y gravámenes ocultos regulados en sede de compraventa.

No cabe duda de la especial relevancia que tiene esta previsión en el contrato de suministro de contenidos digitales pues, en la mayoría de los casos, estos estarán sujetos a derechos de terceros y, más concretamente, a derechos de propiedad intelectual⁷². De esta forma, el proveedor del contenido deberá contar con las licencias o permisos necesarios para que el consumidor pueda hacer uso del mismo de acuerdo con lo establecido en el contrato y conforme a lo que pueda razonablemente esperar (considerando 53 DCSD)⁷³.

Respecto a los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad del comerciante, es necesario, en primer lugar, la existencia de un derecho que limite o impida el uso del consumidor. El legislador europeo no ha definido el derecho o derechos que pudieran afectar al uso del contenido o servicio digital. Lo decisivo será que el tercero pueda hacer valer dicho derecho frente al consumidor⁷⁴. Serán, fundamentalmente, los derechos de propiedad intelectual los que principalmente se invoquen por terceros ajenos al contrato (así, por ejemplo, se ofrece la descarga de una película sobre la que no se ha obtenido las correspondientes permisos).

En segundo lugar, dicho derecho debe impedir o limitar el uso del contenido o servicio por parte del consumidor. También se incluye el supuesto en el que el consumidor no pueda acceder legítimamente al contenido digital (considerando 54 DCSD).

Sobre esta cuestión conviene tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE sobre los denominados «actos de puesta a disposición al público», regulados en el art. 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE 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 (DOCE núm. 167, de 22.6.2001)⁷⁵. Así, por ejemplo, se

Sobre la protección de los programas de ordenador, la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DOUE núm. 111, de 5.5.2009).

⁷¹ Efectivamente, 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 (DOCE n°171, de 7.7.1999), no contenía ninguna previsión al respecto, dejando esta cuestión a los distintos ordenamientos nacionales.

⁷² ROSENZKRANZ (2020, p. 185). Sobre los distintos contenidos digitales disponibles en Internet y su consideración como «obras» protegidas por la propiedad intelectual véase APARICIO VAQUERO, «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *Indret* 3/2016, pp. 7 y 8.

⁷³ En cualquier caso, tal y como expresamente se dispone en el considerando 53 DCSD, el empresario puede eludir estos requisitos si antes de la celebración del contrato, informa específicamente al consumidor y este acepta de forma expresa y por separado dicha divergencia, con las limitaciones que veremos más adelante (supuesto previsto en el art. 115 ter. 5 TRLGDCU y art.8.5 DCSD) Véase *infra*. Apartado f.

⁷⁴ ROSENZKRANZ, «Article 10», en SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 189.

⁷⁵ Se considera un acto de comunicación al público aquel acto que contiene dos elementos acumulativos: por un lado, un acto de comunicación de una obra y, por otro lado, la comunicación de esta obra a un público, esto es, a un número indeterminado, pero considerable, de potenciales destinatarios.

ha establecido que el suministro al público mediante descarga de un libro electrónico para su uso permanente está comprendido dentro de «acto de comunicación al público» y más concretamente de «puesta a disposición al público de las obras», de forma que el proveedor deberá contar con la debida autorización del titular del derecho sobre la misma (STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Nederlands Uitgeversverbond*, C-263/18, EU:C:2019:1111)⁷⁶.

Igualmente, el art. 17 de 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 y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE nº 130, de 17.5.2019), regula la puesta a disposición al público de contenidos protegidos por aquellas plataformas que comparten contenidos en línea cargadas por sus usuarios. Al respecto, establece la obligación de obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones. Con independencia de la responsabilidad frente a los titulares de los derechos de autor (art. 17 Directiva 2019/790), estas serán responsables, en virtud de la DCSD, frente a los consumidores cuando estos no puedan acceder a los mismos de forma legítima por no haber obtenido la oportuna licencia.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, este supuesto se identifica con una falta de conformidad, de tal forma que el consumidor podrá exigir las medidas correctoras reguladas en la normativa y que son la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato⁷⁷. Asimismo, se ha establecido una clausula abierta (incorporada por también por el legislador español) la cual permite que el consumidor pueda invocar la rescisión o nulidad del contrato⁷⁸. Dada la estricta regulación de la rescisión contractual en nuestro ordenamiento, cabría plantearse exclusivamente la nulidad del mismo basada en la ilicitud del objeto contractual o la causa, según el supuesto, aunque en nuestra opinión, ello no será lo más habitual. Lo previsible será que el consumidor no plantee una demanda de nulidad si no que se atenga a los remedios previstos en el TRLGDCU.

⁷⁶ En efecto, a diferencia del derecho de distribución sobre el que se produce el agotamiento de su titular (art. 4.2 Directiva 2001/29/CE), en el derecho de comunicación pública no ocurre lo mismo, de forma que habrá de obtener el permiso del titular del derecho en cuestión (art. 3.3 Directiva 2001/29/CE). En esta línea, ha de señalarse que las descargas *on line* de contenidos digitales no se han considerado como un supuesto de distribución al no encontrarse la obra en un soporte material, de forma que no hay un equivalente funcional de este acto con el de venta y entrega del soporte. No obstante, para los programas de ordenador la solución del TJUE ha sido diferente. En efecto, la conocida STJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, C-128/11, EU:C:2012:407, determinó que la descarga de programas de ordenador sí equivale a la venta de los mismos en un soporte material y, en consecuencia, en estos casos sí tenía lugar el agotamiento del derecho de su titular (una crítica sobre esta sentencia APARICIO VAQUERO, *Indret* 3/2016, pp. 19 y 20).

⁷⁷ Se ha de señalar que cuando el empresario no pueda poner los bienes en conformidad, por ejemplo, porque no pueda obtener la correspondiente licencia del titular, podrá acogerse a la cláusula de la imposibilidad prevista en el art. 118.3 TRLGDCU y art. 14.2 DCSD, debiendo optar el consumidor por la reducción del precio o la resolución contractual, según los casos.

⁷⁸ Cláusula que ha sido criticada por contradecir el objetivo principal de la Directiva cual es el de crear un cuerpo uniforme de reglas para estos contratos en la UE. En efecto, las reglas sobre rescisión o nulidad de los contratos y sus efectos difieren de un Estado Miembro a otro, de forma que en muchos casos el comerciante no conocerá de antemano las consecuencias de esta falta de conformidad, con la consecuente inseguridad jurídica que planteará a los proveedores de contenidos. ROSENZKRANZ *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 197.

e. La obligación de suministrar las actualizaciones necesarias

Es una evidencia que en el mundo digital los contenidos y/o servicios se van desarrollando y evolucionando a una velocidad vertiginosa de forma que pueden quedar obsoletos en seguida. Igualmente, en muchos casos se ofrecen a través de licencias o con sistemas de seguridad que caducan transcurrido un tiempo. Es por ello que la actualización de estos bienes y servicios supone una prestación fundamental para que estos sigan funcionando y ofrezcan la seguridad, las cualidades y las características propias de su categoría. En atención a ello, el 115 ter.2 TRLGDCU (art. 8.2 DCSD) regula la obligación del empresario de suministrar al consumidor las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales durante la vigencia del contrato y aquellas que el consumidor pueda razonablemente esperar de acuerdo con su naturaleza⁷⁹.

Respecto a esta obligación ocurre que la instalación de estas actualizaciones corresponde, en la mayoría de los casos, al consumidor, que debe dar los pasos necesarios para su establecimiento. De esta forma, dispone el 115 ter.3 TRLGDCU (art. 8.3 DCSD) que el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que el empresario hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de que el consumidor no la instalase, y el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas por el empresario. Supone, pues, una carga para el consumidor de forma que si no la instala, no podrá hacer responsable al empresario por las faltas de conformidad derivadas de la falta de actualización, siempre que haya sido debidamente informado sobre las consecuencias de no hacerlo.

En definitiva, esta obligación de actualización, propia de los productos digitales, se erige como una cuestión esencial dentro del contrato con el fin de mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales. Se constituye asimismo como una carga del consumidor que deberá estar atento a su instalación y seguir las instrucciones dadas por el suministrador, con el riesgo de no poder reclamar por un defecto provocado por la falta de actualización.

Por último, en muchos casos será difícil distinguir entre meras actualizaciones y un nuevo producto. En efecto, el empresario será responsable de proporcionar al consumidor las actualizaciones necesarias pero no así nuevos contenidos o servicios que constituyan, por ejemplo, una versión más moderna y mejorada. En esta línea, proponen SEIN y SPINDLER que una de las cuestiones clave para su distinción podría referirse a los cambios fundamentales de la funcionalidad de un producto, y no sólo a la adición de una característica ligeramente nueva; en esta línea, si las funciones se han ampliado considerablemente puede concluirse que los consumidores se encuentran con un nuevo producto que no podrán reclamar bajo el amparo de este deber de actualización⁸⁰.

⁷⁹ Esta obligación se impone tanto en los contratos de tracto único como en los contratos de ejecución continuada. En el primero de ellos, siempre teniendo en cuenta lo que el consumidor pueda razonablemente esperar por el tipo y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, y de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza del contrato (art. 8.2, b DCSD). Estos criterios pueden determinar, asimismo, que en muchos casos no exista la obligación de actualización. Así, por ejemplo, manifiestan SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, nº15, 2019, p. 369 que no será necesaria en los casos de compraventa de fotografías digitales entregadas al consumidor por email.

⁸⁰ SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, nº15, 2019, p. 370.

f. El pacto de exclusión de los requisitos objetivos

Resulta especialmente transcendente la posibilidad prevista en el art. 115 ter. 5 TRLGDCU (art.8.5 DCSD) de que se excluya, por convenio, el régimen jurídico contenido en dicho precepto respecto a los requisitos objetivos de conformidad del contenido o servicio. Esta posibilidad no se preveía en el régimen de conformidad de la Directiva 1999/44/CE⁸¹, aunque sí se encuentra en la Directiva 2019/771 (art. 7.5).

La norma dispone expresamente que no habrá falta de conformidad cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato de compraventa.

Resulta bastante evidente el peligro que determina esta opción en orden a proteger el interés del consumidor en el contrato. Teniendo en cuenta que esta exclusión no será en ningún caso negociada, se corre el riesgo de que el empresario abuse de la misma, «sacando» del contrato alguna prestación o cualidad relevante o, al menos, normal para esa categoría de contratos, quedando por tanto exonerado de su cumplimiento. En cualquier caso, el legislador se ha asegurado de que el consumidor conozca esta exclusión exigiendo que, para que sea válida, ha tenido que ser aceptada de forma expresa y por separado en el momento de la celebración del contrato⁸².

En nuestra opinión, ante el evidente riesgo de abuso de esta facultad por parte de algún empresario, para que dicha exclusión sea efectiva deben operar ciertos límites. Así, en primer lugar, deberá exigirse que el contenido o servicio digital cumpla con las normas y reglas técnicas aplicables según la legislación y los códigos de conducta a los que esté adherido en empresario, de forma que en ningún caso el suministrador pueda excluir la normativa aplicable al contrato. En segundo lugar, el contenido suministrado o servicio prestado deberá ser siempre apto para los fines a los que normalmente se destinan los del mismo tipo, de forma que posea la funcionalidad, la interoperabilidad, compatibilidad y accesibilidad suficiente para que pueda ser usado por el consumidor conforme a su finalidad fundamental. En este sentido no cabe, en nuestra opinión, que se excluya algún requisito que desnaturalice el contenido o servicio, de forma que no pueda ser usado por el consumidor de acuerdo con su finalidad normal. Por último, al hablar de «una determinada característica», se puede interpretar que el legislador ha querido limitar esta facultad del empresario también cuantitativamente, de forma que no quepa excluir varias características derivadas de los requisitos objetivos, sino sólo alguna concreta que, en todo caso, no deberá impedir el uso del contenido conforme a su función normal de acuerdo con las expectativas razonables del consumidor.

⁸¹ De hecho, en nuestro régimen jurídico dicha cláusula sería nula por abusiva de acuerdo con el art. 86.1, párrafo segundo TRLGDCU, que dispone expresamente que serán abusivas «las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad».

⁸² Dispone el considerando 49 DCSD que ambas condiciones podrían cumplirse, por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar. Como pone de manifiesto CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, pp. 21 y 22, tanto la Directiva como la legislación española potencian los deberes de transparencia a cargo del empresario en este supuesto. Igualmente, cobra importancia también aquí el papel del control de transparencia de las cláusulas predispuestas que regulan el objeto contractual.

En definitiva, entendemos que esta opción debe operar para prestaciones que no impidan el uso del contenido de acuerdo con su naturaleza, aunque su eliminación suponga una menor calidad en el contenido o servicio suministrado. En esta línea, entendemos que hay que garantizar un nivel mínimo de adecuación entre los contenidos digitales suministrados y su finalidad típica en el mercado pues, en caso contrario, habrá que entender que existe una falta de conformidad, dando derecho al consumidor a los remedios previstos en la legislación.

6. Remedios

El régimen jurídico de los remedios, contenido en los arts. 13 y 14 DCSD y en los arts. 117 a 119 ter TRLGDCU, prevé un sistema jerarquizado y en función del tipo de incumplimiento del empresario. El fundamento de esta normativa es equilibrar los intereses de las partes en el contrato, de forma que el consumidor tenga que pasar, primero, por la puesta en conformidad antes de resolver el contrato o pedir una reducción del precio, remedios estos más gravosos, en principio, para el empresario⁸³.

No obstante, algunos autores han abogado por la supresión de esta jerarquía, de forma que se dé al consumidor la libertad para elegir entre los distintos remedios. En este línea, CÁMARA LAPUENTE argumenta que la opción de poder elegir entre los distintos remedios daría una importante arma de negociación al consumidor lo que elevaría los estándares de calidad y haría más activa la competencia⁸⁴. Igualmente, BEHAR-TOUCHAIS defiende un sistema más simple dando libertad al consumidor entre los distintos remedios sin imposición de condiciones, logrando así una protección más efectiva⁸⁵. También en nuestra opinión, esta solución hubiese sido sin duda la deseable. La libertad de elección del consumidor determina un fuerte incentivo para las empresas en orden a cumplir con su obligación. Igualmente, aporta mayor simplicidad a la regulación, lo que sin duda beneficia a ambas partes del contrato. En efecto, como veremos a continuación, la regulación de los remedios se encuentra compuesta por una serie de requisitos y excepciones interpretables, lo que determina que finalmente nos hallemos ante un sistema complejo que deberá ser descifrado por los jueces de cada Estado miembro, lo que repercutirá, sin duda, en la seguridad jurídica y la uniformización del Derecho regulador del Mercado Digital.

En cualquier caso, la jerarquía de remedios se ha impuesto finalmente de forma que existe un primer nivel en virtud del cual el consumidor deberá pedir la puesta en conformidad y, un segundo nivel, consistente en la reducción del precio o resolución del contrato, cuando el primero no se haya llevado a cabo. Además, en nuestro ordenamiento se prevé expresamente la indemnización de daños y perjuicios y la suspensión del pago del precio pendiente por parte del consumidor cuando el empresario no cumpla las obligaciones establecidas en la regulación (art. 117.1 TRLGDCU⁸⁶). Veamos cada uno de estos remedios, sus presupuestos y excepciones.

⁸³ ZOLL, *Journal of European Consumer and Market Law*, Volume 5, Issue 6, 2016, p. 251. Manifiestan sobre esta cuestión SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, nº15, 2019, p. 375, que se trata de un compromiso razonable entre los ordenamientos con una jerarquía muy estricta (Alemania) frente a aquellos con una libertad de remedios (Polonia).

⁸⁴ CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016, 2016, p. 27 y 55.

⁸⁵ BEHAR-TOUCHAIS, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory, Challenges and Gaps*, p. 135.

⁸⁶ Dispone el precepto que: «El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la

6.1. Medidas correctoras por incumplimiento de suministro

En primer lugar, el art. 13 DCSD regula el supuesto de falta de suministro de acuerdo con el art. 5, es decir, en el plazo establecido o sin demora indebida. En nuestro ordenamiento, esta cuestión se ha regulado en el art. 66 bis TRLGDCU que determina, como vimos anteriormente, las normas aplicables a la entrega o suministro de contenidos digitales.

La falta de suministro se trata de un supuesto de incumplimiento total de la obligación. En este caso, se requiere, como ya vimos, que se solicite expresamente al empresario el suministro, pudiendo conceder un plazo de tiempo adicional (aunque sin estar obligado a ello). De esta forma, si después de requerido el empresario, (o transcurrido dicho periodo adicional dado por el consumidor), continua sin cumplir con su prestación, el consumidor podrá resolver el contrato (art. 66 bis.2, párrafo tercero TRLGDCU). En este punto, existe una diferencia fundamental con el régimen establecido para el contenido digital que se suministra en un soporte material pues, como ya indicamos, en este caso sí existe la obligación del consumidor de conceder un plazo al empresario.

Por otro lado puede ocurrir que carezca de sentido solicitar el cumplimiento del contrato porque resulte evidente que el empresario no va a cumplir o porque estuviera sometido a un término esencial. En estos casos, el consumidor puede resolver el contrato sin exigir previamente el cumplimiento del mismo (art.66 bis.3 TRLGDCU, art. 13.2 DCSD).

Un supuesto parecido al de la falta de suministro puede ser el de las interrupciones en el suministro cuando el contrato es de ejecución continuada. En este supuesto, entendemos que cabría identificarlo con un incumplimiento total de la obligación por parte del empresario si estas interrupciones han impedido de facto y completamente disfrutar de los contenidos digitales desde el inicio del contrato. En otros casos, habría que determinar si estas se producen de forma más o menos continuada para establecer si procede la solicitud de puesta en conformidad o la reducción del precio.

Cabría cuestionarse también si en el caso de falta de suministro podría solicitar la ejecución del contrato y la reducción del precio, en su caso, por el retraso en el cumplimiento. Parece que esta solución es la más razonable teniendo en cuenta que se ha de proteger el interés en el cumplimiento (no sólo exacto) del contrato⁸⁷. Así también cabe deducirlo de la propia expresión del art. 13.1 DCSD y 66 bis.2 párrafo tercero TRLGDCU cuando dispone que el consumidor *tendrá derecho a resolver el contrato*, lo que parece que se ha regulado al margen de otros posibles remedios que puedan asistirle, como pedir el cumplimiento.

En definitiva, se regula el supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación de forma que en este caso el consumidor puede dar por finalizado el acuerdo, produciéndose las consecuencias del art. 119 ter TRLGDCU (arts.15 a 18 DCSD) que veremos más adelante. También podrá solicitar, en nuestra opinión, la ejecución del contrato obligando al proveedor a suministrar el contenido digital.

reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede. 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 presente título».

⁸⁷ Así también CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016,2016, p. 83.

6.2. Medidas correctoras por falta de conformidad

Son tres los remedios que tiene a su disposición el consumidor en caso de una falta de conformidad del contenido o servicios suministrados. En primer lugar, la puesta en conformidad, en segundo lugar, la reducción proporcionada del precio y, por último, la resolución del contrato (art. 117.1 TRLGDCU y art. 14.1 DCSD). Veamos cada uno de ellos por separado.

a. Puesta en conformidad

Como podemos observar, el concepto de puesta en conformidad utilizado en esta Directiva es una noción más general que la clásicamente utilizada (y que continua en la Directiva 771/2019) de reparación y sustitución, remedios más específicos propios de los bienes muebles materiales. Es cierto que la misma se acomoda mejor a los bienes de esta naturaleza que no siempre han de ser estrictamente «reparados» o «sustituídos», sino sólo corregidos de forma que cumplan todos los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad. En concreto, en nuestro ordenamiento se distingue igualmente entre los remedios en caso de compraventa de bienes (reparación y sustitución en virtud del art. 118.1 TRLGDCU) y aquellos específicos para el suministro de contenidos digitales (puesta en conformidad de acuerdo con el art. 118.2 TRLGDCU).

Este remedio consiste básicamente en la facultad del consumidor de solicitar al empresario el cumplimiento exacto de la prestación debida. Para ello, deberá comunicarle la falta de conformidad y desde entonces, el consumidor puede exigir que los contenidos sean puestos en conformidad en un plazo razonable (art. 118.4 TRLGDCU y 14.3 DCSD)⁸⁸. En este caso (y a diferencia de la regulación de la compraventa en la que el consumidor elige entre la reparación y la sustitución⁸⁹) es el empresario el que elige el modo de poner los bienes en conformidad. Parece razonable teniendo en cuenta la amplia variedad de bienes y servicios digitales así como su especialidad técnica, lo que determina que sea más fácil para este establecer la forma más cómoda de cumplir exactamente con su obligación.

Existen, sin embargo, dos supuestos en los que el empresario no estará obligado a poner los bienes en conformidad con el contrato: cuando resulte imposible y cuando suponga al empresario costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, y, entre ellas, el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad, y la relevancia de la falta de conformidad (art. 118.3 TRLGDCU y art. 14.2 DCSD). Realmente creemos que este supuesto será poco frecuente en la práctica teniendo en cuenta la fungibilidad de los bienes y servicios digitales. De esta forma, será relativamente fácil para el prestador corregir el bien o servicio suministrado sin que resulte imposible o desproporcionado hacerlo. Sí puede ocurrir en aquellos supuestos en los que el contenido se ha suministrado a

⁸⁸ Opinan sobre esta cuestión SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, n°15, 2019, p. 376 que acierta el legislador en no fijar un plazo determinado para poner los contenidos en conformidad teniendo en cuenta la diversa naturaleza de los contratos que caen en su ámbito de aplicación.

⁸⁹ Art. 13.2 Directiva 771/2019: «Para poner los bienes en conformidad, el consumidor podrá elegir entre la reparación o la sustitución, salvo cuando la medida correctora elegida resulte imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga al vendedor costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias». En nuestro ordenamiento, el art. 118.1 TRLGDCU dispone que: «Si el bien no fuera conforme con el contrato, para ponerlo en conformidad, el consumidor o usuario tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución, salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, entre ellas las recogidas en el apartado 3 de este artículo, así como si la medida correctora alternativa se podría proporcionar sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario».

cambio de datos personales teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, serán estos contenidos de poca trascendencia económica de forma que ponerlos en conformidad puede suponer para el suministrador asumir costes desproporcionados en atención al valor de los mismos.

En cualquier caso, el empresario deberá corregir los defectos en un periodo razonable de tiempo y sin mayores inconvenientes. Ha de ser, además, completamente gratuito para el consumidor que solo debe de soportar la carga de comunicarlo al empresario (art. 118.4 TRLGDCU y art. 14.3 DCSD).

En concreto, el considerando 15 DCSD dispone también que los Estados miembros podrán 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, si un consumidor, en los casos de falta de conformidad, ha de tener derecho a suspender el pago del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad⁹⁰. Este derecho ha sido contemplado expresamente por el legislador español en el art. 117.1, párrafo segundo TRLGDCU, aunque no ha sido convenientemente desarrollado de forma que no se prevén ni las condiciones ni las modalidades de su ejercicio. En concreto, dispone el precepto que «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 presente título».

Como sabemos este derecho se trata de un remedio puesto a disposición del acreedor, que le permite negarse al cumplimiento de su obligación en tanto la otra parte no haya cumplido o si el cumplimiento ha sido defectuoso. Este remedio no ha de ser siempre utilizado como mecanismo reactivo frente a la pretensión de cumplimiento, es decir, no tiene necesariamente una finalidad defensiva propia de la *exceptio non adimpleti contractus*⁹¹. Aunque no se encuentra regulado con carácter general en nuestro ordenamiento⁹² sí se encuentra ampliamente admitido por doctrina y jurisprudencia que han ido elaborando su configuración, su contenido, sus requisitos y sus efectos. En cuanto al presupuesto de su ejercicio, es necesario determinar si el incumplimiento de la otra parte ha de ser de cierta gravedad para que el consumidor pueda hacer uso de este derecho. En nuestra opinión, la suspensión ha de ser proporcional al defecto que tuviera la prestación. De esta forma, si el incumplimiento es muy grave, cabe suspender el pago completo del precio hasta que se cumpla correctamente. Igualmente (y con mayor razón), si el incumplimiento es definitivo⁹³. No obstante, si el defecto es de escasa importancia, también

⁹⁰ Llama la atención en cualquier caso que este remedio no se haya regulado expresamente el articulado de la DCSD, como sí lo ha hecho la Directiva 771/2019, en cuyo art. 13.6 se determina que: «El consumidor tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe hasta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones derivadas de la presente Directiva. Los Estados miembros podrán determinar las condiciones y modalidades para que el consumidor ejerza el derecho a suspender el pago».

⁹¹ ARNAU RAVENTÓS, «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. 1280.

⁹² Se prevé expresamente para algunos supuestos en nuestro CC. Así, por ejemplo, en el art. 1466, 1467, 1500 y 1502 CC.

⁹³ La norma determina expresamente que la suspensión puede afectar a cualquier parte pendiente del precio. En una interpretación acorde con al DCSD hemos de entender que, si queda pendiente el pago de la totalidad del precio, el consumidor puede suspender completamente el mismo en casos de incumplimiento muy grave del suministrador.

podrá el consumidor suspender en proporción al mismo⁹⁴. Se evita así que exista un abuso de derecho e incumplimientos oportunistas por parte del consumidor. En cualquier caso, quedaría por determinar con qué remedios es compatible y las modalidades de su ejercicio. Por ello, conviene que el legislador desarrolle esta regulación evitando así determinadas incertidumbres que puede generar en la práctica⁹⁵.

Por último, en el caso de que el empresario no cumpla con su obligación de poner en conformidad los contenidos o servicios suministrados, el consumidor podrá optar por los otros dos remedios previstos, estos son, la reducción del precio o la resolución del contrato.

b. Reducción del precio y resolución del contrato

La reducción del precio y la resolución del contrato se han configurado como dos remedios subsidiarios para el caso de que la puesta en conformidad no haya sido posible o no se haya llevado a cabo por el empresario en las condiciones establecidas en el art. 118 TRLGDCU (art.14 DCSD).

Sólo en dos casos se podrá optar directamente por estos remedios: cuando la falta de conformidad sea de tal gravedad que justifique acudir directamente⁹⁶ a los mismos o cuando haya habido una falta de suministro, es decir, un incumplimiento definitivo, en los términos previstos en el art. 66 bis TRLGDCU, introduciéndose así cierta flexibilidad en la jerarquía⁹⁷.

Las causas generales por las cuales se puede acudir a estos remedios (entre los que no hay preferencia) son, por tanto, las siguientes (art. 119 TRLGDCU y art. 14.4 DCSD):

a) La medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada. En este caso, será el suministrador el que informe al cliente que podrá optar entonces entre estos dos remedios.

b) El empresario no ha puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad de acuerdo con las reglas recogidas en el apartado 4 del artículo 118 TRLGDCU (art. 14.3 DCSD). Debemos recordar al respecto que se impone al suministrador que ponga los bienes en conformidad en un período razonable de tiempo, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor. De esta forma, podemos entender que, si falla en alguno de estos tres requisitos, el consumidor podrá pedir una rebaja del precio o la resolución del contrato⁹⁸.

⁹⁴ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Civitas, 3ª edición, Pamplona, 2021, p. 1159.

⁹⁵ Pone de manifiesto CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 14, que esta falta de regulación generará incertidumbres acerca de la forma de poner en práctica esta facultad, su conexión con otros remedios o por la posibilidad de que sea el consumidor el que abuse de este derecho.

⁹⁶ Ello supone una novedad respecto al régimen actual de remedios previsto para la compraventa de bienes de consumo del TRLGDCU, en el que no se prevé la posibilidad de que un incumplimiento muy grave por parte del empresario pueda facultar al consumidor a optar directamente por la resolución del contrato.

⁹⁷ Se ha establecido al respecto que el legislador europeo ha tenido en cuenta el legítimo interés del consumidor en no tener que esperar la reparación del defecto en algunos casos especialmente graves. Véase GSELL, «Article 14», SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 257.

⁹⁸ GSELL, *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 259. Como pone de manifiesto, hay supuestos problemáticos en cuanto a la interpretación de estos requisitos pues siempre existirá algún inconveniente para el consumidor durante la puesta en conformidad de los bienes. En esta línea, opina la autora que, si el inconveniente

c) Aparezca cualquier falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad. Sobre esta causa hay que reseñar que aparece descrita en el art. 14.4 letra c) DCSD de la siguiente forma: «*subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad*» (el resaltado es nuestro)⁹⁹.

La redacción dada por el legislador español a esta causa por la cual se puede pedir directamente la reducción del precio o la resolución del contrato es más amplia que la prevista por la Directiva. En efecto, en nuestro ordenamiento se requiere la *aparición de cualquier falta de conformidad* después de haber intentado el cumplimiento. Sin embargo, en la Directiva parece exigir la *subsistencia* del defecto que dio origen al remedio, de forma que, si aparece otro, deberá exigirse de nuevo la puesta en conformidad del mismo. En nuestra opinión, se trata, sin embargo de un error en la traducción de la Directiva, pues en su versión en inglés dice expresamente: «*a lack of conformity appears despite the trader's attempt to bring the digital content or digital service into conformity*», sin requerir que sea el mismo defecto. De esta forma, podemos interpretar que si aparece otro, el consumidor puede igualmente pedir la reducción del precio o la resolución del contrato¹⁰⁰.

d) La falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato. Sobre esta causa dispone el considerando 65 DCSD que en determinadas situaciones, está justificado que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente, por ejemplo cuando 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 conformidad¹⁰¹. Se trata, en definitiva, de un supuesto de incumplimiento grave que faculta al consumidor a resolver el contrato. Esta previsión corrige la diferencia de trato entre las ventas de consumo y el Derecho general de obligaciones y contratos, en el que la resolución ya está disponible como remedio directo ante incumplimientos graves en el programa prestacional¹⁰². Ahora también el consumidor puede optar directamente por este remedio, sin pasar antes por pedir el cumplimiento exacto de la prestación.

e) Por último, 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.

c. Reducción del precio

Este remedio consiste en la disminución del precio pagado por el consumidor en proporción a la disminución del valor del contenido o servicio digital suministrado, en comparación con el valor

tiene un efecto duradero, en particular, si afecta a la confianza que tenga el consumidor en el comerciante, podrá resolver el contrato.

⁹⁹ Del mismo modo que la DCSD, la Directiva 771/2019 también dispone en su art. 13.4, letra b): «subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad».

¹⁰⁰ GSELL, *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 260.

¹⁰¹ El propio considerando establece, por ejemplo, que ello ocurrirá cuando se le suministre un programa (software) antivirus que esté infectado con un virus, lo que constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave.

¹⁰² Sobre esta crítica, CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016, 2016, p. 55.

que tendrían los mismos si fueran conformes (art. 119 bis TRLGDCU y art. 14.5 DCSD), reestableciéndose así el equilibrio contractual.

En nuestra opinión, resultará poco frecuente que el consumidor se conforme con algún defecto en los contenidos o servicios suministrados cuando en el mercado puede obtener la versión perfecta del mismo, de forma que este remedio tendrá poca aplicación en los contratos de tracto único¹⁰³. Sí resulta adecuado, sin embargo, en los contratos de duración continuada en los que se haya producido una falta de conformidad (por ejemplo, ciertas interrupciones en el servicio o una baja calidad en el mismo durante determinados periodos) y no se ha podido corregir en el momento solicitado (supuesto contemplado expresamente en el art. 119 bis.2 TRLGDCU y art. 14.4, párrafo segundo DCSD).

Por otro lado, este remedio es el único que procede cuando el contenido o servicio prestado presente un defecto leve o de escasa importancia pues, en este caso, no cabe la resolución del contrato (art. 119 ter.2 TRLGDCU y art. 14. 6 DCSD). De esta forma, no se requiere, según una interpretación *a contrario*, que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial y que sea grave, para que el consumidor pueda resolver el contrato directamente. Sólo en los casos en los que el defecto sea leve o de escasa importancia, tendrá el consumidor que conformarse con la reducción del precio que pagó. Con ello se trata de evitar, fundamentalmente, que el consumidor ponga fin a la relación contractual de forma oportunista porque ya no le interese el negocio, aprovechando cualquier incumplimiento del proveedor.

No obstante, este remedio plantea una serie de problemas que han de ser destacados. En primer lugar, porque en muchos casos será difícil que exista un acuerdo entre las partes sobre este extremo (¿cuánto se rebaja?). Asimismo, sobre la levedad del defecto, se plantea un problema de interpretación que, en última instancia, se resolverá por los tribunales de cada Estado miembro en la resolución de los conflictos que se les planteen. En efecto, cabe una interpretación objetiva, de forma que habrá de examinarse si el defecto es de escasa relevancia en relación con los demás del mercado o una interpretación subjetiva, que tenga en cuenta la finalidad para la cual el consumidor ha adquirido el contenido para determinar si el defecto es o no leve¹⁰⁴.

Igualmente, se ha de tener presente que los efectos en la terminación del contrato de bienes y servicios digitales no resulta tan gravoso para el empresario como en los casos en los que se resuelve la compraventa en los bienes de consumo. En efecto, el contenido digital no pierde valor, no ha de ser calificado como un bien de segunda mano y, además, el suministrador puede impedir fácilmente su uso a través de los medios técnicos disponibles¹⁰⁵.

¹⁰³ En esta línea, refiriéndose a los bienes de consumo, manifiesta MARÍN LÓPEZ, «Artículo 122», 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 (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1772, que lo habitual será que al comprador no le interese retener un bien con alguna falta de conformidad, aunque se reduzca su precio, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos serán bienes fungibles y estandarizados, por lo que le será fácil encontrar uno sin ningún defecto en el mercado.

¹⁰⁴ Sobre esta cuestión MARÍN LÓPEZ, «ARTÍCULO 121» 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 (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1767.

¹⁰⁵ ZOLL, *Journal of European Consumer and Market Law* Volume 5, Issue 6, 2016, p. 253.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista, obligar al consumidor a pasar por un defecto, aunque sea leve, no estará justificado siempre y en todo caso, teniendo en cuenta, además, que ya previamente habrá solicitado la puesta en conformidad. Sobre esta cuestión, estamos de acuerdo con CARRASCO PERERA cuando determina que la excepcionalidad del remedio resolutorio se apoya en tres razones fundamentales. En primer lugar, para evitar aspiraciones meramente oportunistas del acreedor que puede utilizar cualquier incumplimiento para escapar de un mal contrato o de un negocio que ha dejado de interesarle. En segundo lugar, los costes que puede suponer para la parte incumplidora. En tercer lugar, la posible disminución del valor del bien restituído con el riesgo de perder la oportunidad de reemplazarlo o volver a comercializarlo. Riesgos estos que, en la contratación de contenidos digitales, se atenúan bastante. En esta línea, estamos de acuerdo con este autor cuando establece que el incumplimiento es resolutorio si resulta acreditado que los motivos del acreedor para acudir a este remedio no son oportunistas y los costes de salida del contrato no son irrazonables para ninguna de las dos partes. Dándose estas dos circunstancias, entendemos que no existiría problema para aceptar la resolución, aún en los casos de incumplimiento leve o de escasa importancia¹⁰⁶.

Un supuesto en el que podría estar justificado la imposición de este remedio es cuando el empresario ha realizado el bien siguiendo las instrucciones o necesidades del consumidor. En efecto, en este supuesto parece lógico que, si el defecto o la falta de conformidad es leve, el equilibrio contractual pueda encontrarse en la reducción del precio, protegiendo así, por un lado, el interés del empresario en mantener el negocio y, por otro, el del consumidor al que interesará quedarse con el bien (en este caso, infungible) a cambio de obtener una rebaja en el precio.

En definitiva, abogamos por una interpretación estricta del precepto, de forma que se permita al consumidor resolver el contrato, aún en supuestos de defecto leve, cuando pueda apreciarse que el defecto es importante para el consumidor (teoría subjetiva), que no hay oportunismo ni abuso de derecho, ni los costes de salida del contrato resultan irrazonables para ninguna de las dos partes. De esta forma, se evita también el posible oportunismo por parte del empresario que quiera aprovechar esta regulación para suministrar un contenido «defectuoso», aún a menor precio (si el remedio se ejercita finalmente por el consumidor), que de otra forma tendría que retirar¹⁰⁷. En cualquier caso, la carga de la prueba sobre la levedad del defecto corresponde al empresario (art. 14. 6, DCSD y art. 119 ter 2 TRLGDCU).

¹⁰⁶ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1226. En esta línea, establecen GÓMEZ POMAR/ GIL SALDAÑA, «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, 1222, que los costes derivados de la decisión del contratante *in bonis* de resolver el contrato ante el incumplimiento serán prácticamente nulos en los siguientes casos: cuando las partes no hayan realizado inversiones específicas para asegurar el cumplimiento del contrato, cuando los bienes no hayan perdido o hayan perdido poco valor tras la entrega, cuando la parte incumplidora tenga un mercado de reventa donde colocar los bienes objeto de restitución o cuando el resultado del producto defectuoso tenga más valor en manos del incumplidor. Circunstancias todas estas que, en nuestra opinión, se darán en muchos de los casos de contratos de suministro de contenidos digitales.

¹⁰⁷ Sobre esta cuestión, resulta especialmente interesante la reflexión de GÓMEZ POMAR/ GIL SALDAÑA, *Anuario de derecho Civil*, p. 1241, cuando establece que el reconocimiento de un derecho a resolver generoso para el consumidor, aunque haya sido criticado por promover comportamientos oportunistas, también puede tener efectos positivos. Así, establecen los autores que en los casos en los que la resolución tenga costes elevados para el vendedor tratará de reducir los incentivos del consumidor a resolver el contrato ofreciéndole un precio reducido. En esta línea, la amenaza implícita que para los vendedores tiene la resolución, les da un incentivo para que bajen el precio de venta.

d. Resolución del contrato

El remedio resolutorio está regulado en el art. 119 ter TRLGDCU y en los arts. 14 a 17 DCSD. Lo más adecuado para su análisis resulta distinguir entre los presupuestos que han de darse para que el consumidor pueda ejercitar este remedio, la forma de hacerlo y los efectos una vez resuelto el negocio.

i) Presupuestos para el remedio resolutorio

Como ya se ha indicado, la facultad de resolver el contrato por parte del consumidor se encuentra limitada a supuestos que revistan cierta gravedad en el incumplimiento.

Además, es necesario que se haya pedido previamente la puesta en conformidad de los contenidos, salvo en el supuesto de falta de conformidad muy grave, y que esta solución resulte finalmente desproporcionada o imposible, que no se haya realizado en un tiempo razonable, que haya causado inconvenientes mayores para el consumidor o resulte de las circunstancias que el proveedor no pondrá los contenidos digitales en conformidad en un plazo razonable.

Por supuesto, también podrá resolver el contrato cuando exista un incumplimiento definitivo de la obligación, es decir, en aquellos casos en los que el proveedor no realiza la prestación acordada en el tiempo fijado en el contrato o, en su defecto, sin demora indebida.

Por último, se prevé la resolución en el supuesto de modificación de los contenidos o servicios digitales durante la vigencia del acuerdo, supuesto contemplado en los arts. 126 y 126 bis TRLGDCU (art. 19 DCSD). En concreto 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 de menor importancia. Hay que tener en cuenta, además, que el consumidor no podrá resolver si el empresario le ha dado la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación y estos siguen siendo conformes.

ii) Forma y efectos de la resolución contractual

El art. 119 ter TRLGDCU (15.1 DCSD) regulan la forma en la que el consumidor ha de resolver el contrato, estableciendo que deberá realizarse mediante declaración dirigida al empresario en la que exprese su intención de resolverlo¹⁰⁸. Se requiere, en consecuencia, una comunicación expresa al suministrador en la que se le informe del ejercicio de esta facultad, sin que se exijan, como puede observarse, especiales requisitos de forma.

En concreto, en el supuesto de modificación de los contenidos, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato sin cargo alguno en un plazo de treinta días naturales a partir de la recepción de la información contemplada en el art. 126 letra c) TRLGDCU o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior.

¹⁰⁸ Sobre esta cuestión, es importante recordar que el proveedor está obligado a facilitar al consumidor una dirección (electrónica o postal) o contacto que le permita establecer con este una comunicación directa y efectiva, en especial cuando el contrato se celebra a distancia pues, en esos casos, el consumidor puede no conocer la ubicación física (si la hay) del establecimiento comercial del proveedor. Sobre la obligación de informar sobre este aspecto, véase, en nuestro ordenamiento, el art. 60.2, apartados b) y k) TRLGDCU. También, en sede de contratos a distancia, el art. 97.1 apartado c) y d). En el caso de que el proveedor del contenido sea también un prestador de un servicio de la sociedad de la información, el art. 10.1, a) LSSICE.

Como sabemos, una vez ejercitada la resolución las partes se encuentran obligadas a la restitución de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato. Precisamente, el art. 119 ter.5 (artículos 16, 17 y 18 DCSD) regula la forma en la que se ha de realizar dicha restitución, distinguiendo entre los casos en los que el consumidor ha pagado un precio en dinero de aquellos en los que ha cedido sus datos personales a cambio del contenido digital contratado. En efecto, como seguidamente veremos, la diferente naturaleza de cada una de estas prestaciones obliga al legislador a diferenciar el tratamiento de la restitución, siendo posible *in natura* y con efectos *ex tunc* en el caso del precio y obligándose el proveedor a un no hacer con efectos *ex nunc* en el caso de que el consumidor haya cedido datos personales.

En primer lugar, el empresario reembolsará al consumidor todos los importes pagados con arreglo al contrato (art. 19 ter. 5 letra a TRLGDCU y art. 16.1 DCSD). Asimismo, se prevé la posibilidad de los contenidos o servicios hayan sido conformes durante un tiempo durante la vigencia del acuerdo, de forma que en este caso sólo debe reembolsar la parte proporcional del precio pagado correspondiente al periodo durante el cual los contenidos o servicios no fuesen conformes¹⁰⁹. El reembolso deberá realizarse sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo de 14 días desde la fecha en la que fue informado de la resolución (art. 119 quater.1 TRLGDCU y art. 18.1 DCSD). Se hará usando el mismo medio de pago usado por el consumidor y no se podrá imponer ningún cargo por dicho reembolso (art. 119 quater. 2 y 3 TRLGDCU y art. 18.2 DCSD).

En relación con los datos personales, dispone el art. 119.ter.5 letra b) TRLGDCU (art.16.2 DCSD) que el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de conformidad con el RGPD y con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE nº 294, 6.12. 2018). En esta línea, una vez ejercitada la resolución, el proveedor adoptará todas las medidas que podrían esperarse para abstenerse de utilizar cualesquier dato personal recogido por el proveedor en relación con el suministro de los contenidos digitales.

En consecuencia, la resolución obliga al prestador a un no hacer consistente en dejar de usar todos los datos facilitados por el consumidor, tanto aquellos que fueron necesarios para la ejecución del contrato como aquellos otros usados por el proveedor para otros fines (como enviar publicidad). También es indiferente la forma en que se hayan obtenido dichos datos y si el consumidor los cedió como contraprestación o no (es decir, si además de ceder datos pagó un precio en dinero). En efecto, la Directiva no realiza ninguna diferenciación en dicho sentido, siendo esta interpretación que defendemos la más favorable al consumidor y la que mejor se adecua a la normativa de protección de datos que concede siempre el derecho a revocar el consentimiento que se dio al tratamiento de los datos personales, revocación que, como sostiene CÁMARA LAPUENTE, puede inferirse de su voluntad de resolver el contrato¹¹⁰.

El empresario no podrá utilizar dichos datos para ninguna actividad (envío de publicidad, creación de perfiles) y, por supuesto, no podrá cedérselos a un tercero. En cualquier caso,

¹⁰⁹ Como se ha puesto de manifiesto ARNAU RAVENTÓS, «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 en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, p. 94, en este caso se trata de un supuesto de resolución parcial del contrato que cabría extender a otros supuestos como, por ejemplo, los casos en los que el suministrador ha entregado varios contenidos digitales, algunos conformes y otros no (supuesto contemplado expresamente por el art. 16.2 Directiva 771/2019 y el art. 119 ter.3 TRLGDCU para la compraventa de bienes).

¹¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016, 2016, p. 68.

debemos tener en cuenta que la resolución en este caso ha de tener necesariamente, por su propia naturaleza, efectos *ex nunc*, de tal forma que todos los usos que haya hecho el proveedor antes de la resolución, así como la cesión a terceros, son perfectamente válidos siempre que se haya respetado lo establecido en la normativa de protección de datos.

Respecto a los contenidos o datos no personales facilitados o creados por el consumidor al usar los contenidos digitales, existe igualmente la obligación de abstención de uso por parte del empresario (art. 119 ter.5 letra c) TRLGDCU y art. 16.3 DCSD), aunque el consumidor no se lo haya solicitado expresamente¹¹¹.

No obstante, existen ciertas excepciones a este deber de abstención de uso contempladas expresamente en las letras a-d del art. 16.3 DCSD. De esta forma, podrá seguir usándolos, en primer lugar, siempre que no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. En segundo lugar, cuando estén exclusivamente relacionados con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. En tercer lugar, en los casos en los que el contenido haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados. Y, por último, que haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido.

Aquí hemos de hacer referencia a la regulación contenida en la DCSD pues en el TRLGDCU hay una incoherencia que impide su análisis. En efecto, el art. 119 ter. 5 letras c) y d) TRLGDCU establecen lo siguiente: «El empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las condiciones recogidas en el artículo 107.5». d) «Salvo en las situaciones a que se refiere el artículo 107.5, letras a), b) o c), el empresario pondrá a disposición del consumidor o usuario, a petición de este, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor o usuario haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario» (el resaltado es nuestro). No obstante, el art. 107 TRLGDCU (obligaciones del comerciante en caso de desistimiento) no hace mención a esta cuestión. Tampoco en ningún precepto del TRLGDCU se han incorporado las excepciones contempladas por la Directiva a la obligación de abstención de uso y portabilidad del suministrador. No obstante, se prevé su incorporación cuando se transponga la Directiva 2019/2161, que modifica la Directiva de 2011, que añade cinco apartados al art. 13 (regulador de las obligaciones del comerciante en caso de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia)¹¹².

¹¹¹ CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, p. 149.

¹¹² En efecto, el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la unión europea y del régimen sancionador en materia de consumo, prevé la modificación del art. 107 TRLGDCU, dándole la siguiente redacción en su apartado 5: «El empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los 38 contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) No tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. b) Esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor o usuario durante el uso de los contenidos servicios digitales suministrados por el empresario. c) Haya sido agregado con otros datos por

Respecto a las obligaciones relativas a los datos personales del consumidor y los contenidos generados por este, se establece una regulación similar a la contenida en la DCSD (obligación de abstención y de restitución, con las mismas excepciones).

Además del deber de abstención, el proveedor estará obligado a facilitar al consumidor los medios técnicos para recuperar todos los contenidos facilitados por este, así como cualquier otro dato producido o generado mediante el uso por el consumidor de los contenidos digitales, en la medida en que estos hayan sido retenidos por el proveedor. El consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos sin cargo alguno, sin mayores inconvenientes, en un plazo de tiempo razonable y con un formato de datos utilizado habitualmente (art. 119 ter.5 letra e) TRLGDCU y art. 16.4, párrafo segundo DCSD). También aquí se exceptúa de esta obligación en los tres primeros supuestos anteriormente mencionados, estos son, que no tengan utilidad fuera del contexto, que estén exclusivamente relacionados con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o que haya sido agregado con otros datos del empresario y no puedan desagregarse.

Estas excepciones operantes tanto en la obligación de abstención de uso como en la de devolver los contenidos generados por el consumidor, han sido duramente criticadas por entender que obedecen más a los intereses del empresario que a los del consumidor. Especialmente reprochable es la decisión del legislador de prejuzgar la falta de utilidad de los contenidos fuera del contexto de los contenidos digitales, negando estos derechos al consumidor en los casos en los que, supuestamente, los contenidos no son útiles para el mismo. No entendemos el fundamento de dicha excepción, aún menos en el supuesto de recuperación, pues el consumidor ha de ser el único que haya de determinar en qué casos le es útil recuperar los contenidos generados por él mismo¹¹³.

Respecto al proveedor, la normativa también le reconoce determinados derechos cuando se ha procedido a la resolución del contrato. En primer lugar, establece el art. 119 ter.6 letra a) TRLGDCU (art.17 DCSD) que el consumidor no podrá usar los contenidos digitales o ponerlos a disposición de terceros. El empresario podrá impedir el uso por parte del consumidor, realizando todos los pasos necesarios para que sean inaccesibles al consumidor o inhabilitando su cuenta de usuario (art. 16.5 DCSD).

el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados. d) Haya sido generado conjuntamente por el consumidor o usuario y otras personas, y otros consumidores o usuarios puedan continuar haciendo uso del contenido».

¹¹³ Al respecto, dispone CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, p. 164 que prejuzgar la falta de utilidad para el consumidor de los propios contenidos que él genere con su actividad es un exceso normativo que prácticamente afrenta la dignidad de la persona. Hay que tener en cuenta, además, que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce expresamente el derecho a la recuperación de los contenidos generados por el usuario en las redes sociales o servicios equivalentes en el art. 12. ter de la LSSICE (añadido por la disposición final 3.1 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre) y que dispone en su apartado primero, lo siguiente: «Los proveedores de servicios de intermediación que alojen o almacenen datos de usuarios a los que presten servicios de redes sociales o servicios de la sociedad de la información equivalentes deberán remitir a dichos usuarios, a su solicitud, los contenidos que les hubieran facilitado, sin impedir su transmisión posterior a otro proveedor. La remisión deberá efectuarse en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica». Igualmente, se reconoce el derecho a la portabilidad en el párrafo segundo del mismo artículo cuando establece que «asimismo deberán transmitir dichos contenidos directamente a otro proveedor designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible, según prevé el artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales».

Por su parte, el art. 119 ter. 6 letra b) TRLGDCU (art. 17.2 DCSD) regula la restitución en los casos en los que el contenido digital se suministró en un soporte duradero, estableciendo que el consumidor devolverá, a solicitud del proveedor, el soporte sin demora indebida y, en cualquier caso, no más tarde de 14 días desde la recepción de la solicitud. Una cuestión importante respecto al deber de restitución que pesa sobre el consumidor es que, como expresamente dispone el precepto mencionado, la restitución se hará a expensas del proveedor, lo que parece razonable teniendo en cuenta que precisamente la causa de la resolución es su propio incumplimiento lo que determina, en buena lógica, que éste asuma las consecuencias económicas del mismo¹¹⁴.

Por último, se dispone que no se le podrá reclamar ningún pago al consumidor 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 (art. 119 ter. 6 letra b) TRLGDCU y 17.3 DCSD)¹¹⁵. El considerando 72 DCSD establece que, de esta forma, se garantiza una protección más efectiva al consumidor, sin perjuicio de su deber de abstención de uso de los contenidos o servicios. Esta regla está conectada con el derecho del consumidor a suspender su cumplimiento hasta que el empresario no ponga los bienes en conformidad (art. 117.1, párrafo segundo TRLGDC) y con el derecho a ser reembolsado del precio que ya pagó, en los contratos de suministro continuo, en la parte proporcional en la que el contenido no fue conforme (art. 119 ter. 5, letra 6, párrafo segundo). En definitiva, con esta regla trata de evitarse, fundamentalmente, que el empresario obligue a pagar al consumidor por el uso efectivamente hecho del contenido o por el tiempo en el que el servicio ha estado disponible, en los casos en los que la prestación no ha sido conforme. Puesto que se trata de un efecto de la resolución contractual, es necesario que la falta de conformidad no sea leve. No obstante, podrá darse el caso en los que la falta de conformidad tenga la entidad suficiente para fundamentar la resolución, pero el consumidor haya podido aprovechar de algún el contenido o servicio no conforme, por ejemplo, viendo la película con una calidad inferior o aprovechando el espacio en la nube, aunque este finalmente fuera de menor capacidad a la contratada. Es evidente que, en estos casos, el legislador ha inclinado la balanza a favor del consumidor que no deberá pagar por dichos usos, pese haber resultado de cierto provecho para él.

e. Indemnización de daños y perjuicios

El considerando 73 DCSD dispone expresamente 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». De esta forma, la norma europea garantiza que, en ningún caso, se limite este derecho del consumidor, aunque no se encuentre regulado expresamente en el articulado de la Directiva¹¹⁶. Precisamente, la ausencia

¹¹⁴ Por su parte, el considerando 15 DCSD dispone que los Estados miembros son libres para regular el 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. El legislador español, sin embargo, no ha hecho uso de esta facultad.

¹¹⁵ Llama la atención que el supuesto esté contemplado en el precepto en el que se regulan las obligaciones del consumidor en caso de resolución contractual, pues se trata de un derecho del mismo.

¹¹⁶ La propuesta de Directiva de 2015 sí regulaba expresamente la indemnización de daños al consumidor al prever en su art. 14 que: «El proveedor será responsable ante el consumidor 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. La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato».

de una norma específica en la misma se justifica porque ya existe en todos los Estados miembros. En esta línea, se determina que la regulación de los remedios «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». La única cuestión que parece imponer es la de que se ha indemnizar por el interés contractual positivo, de forma que se sitúe 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».

En concreto, el legislador español ha optado por reconocer expresamente este derecho en el art. 117.1 TRLGDCU para los supuestos de falta de conformidad, aunque cabe extenderlo, de acuerdo con el texto de la Directiva, también a los supuestos de incumplimiento definitivo. Por supuesto, ha de entenderse igualmente de que se trata de un derecho adicional al resto (puesta en conformidad, reducción del precio y resolución del contrato¹¹⁷). De esta forma, se recoge por primera vez este remedio para la contratación de consumo, pero no se establecen reglas para su determinación, al margen de que pueda interpretarse que su plazo de prescripción es de 5 años de acuerdo con el art. 124 TRLGDCU¹¹⁸. En consecuencia y salvo que el legislador se *apresure* a concretar este derecho antes de la entrada en vigor de la norma, debemos de acudir a las normas generales que regulan este remedio y que se encuentran en el Código Civil (arts. 1101 a 1107)¹¹⁹. Como es sabido, el simple incumplimiento no da lugar al resarcimiento si no que es necesario la existencia de daños reales que sean consecuencia del mismo. De esta forma entendemos que, de acuerdo con la regla general, el consumidor ha de probar los daños efectivamente causados y su relación de causalidad con el incumplimiento.

Como se ha establecido, se indemnizará por el interés contractual positivo, de forma que se coloque al consumidor en la posición más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios hubiesen sido correctamente suministrados. Se sigue aquí, por tanto, el principio de reparación integral del daño (*restitutio in integrum*) ya consagrada en nuestra doctrina y jurisprudencia. En cualquier caso, la distinción del interés contractual contractual positivo o negativo es, en muchas ocasiones, difícil de delimitar de forma que diversas partidas

¹¹⁷Respecto al remedio indemnizatorio y su relación con la resolución del contrato se ha discutido tradicionalmente en la doctrina sobre la conveniencia de indemnizar por un interés u otro en el caso de que el acreedor optara por la resolución. Así, para algunos, el acreedor que resolviera el contrato solo podría optar por una indemnización del interés contractual negativo o interés de confianza. No obstante, para otros, cabe perfectamente exigir el interés contractual positivo y la resolución del contrato. Esta última solución es la que ha sido acogida por nuestra jurisprudencia y, de acuerdo con la legislación, también por el TRLGDCU. Por su parte, GÓMEZ POMAR/ GILI SALDAÑA, *Anuario de derecho Civil*, Tomo LXVII, fasc. IV, p. 128, defienden que la medida indemnizatoria asociada a la resolución no ha de ser siempre la misma, pudiendo ser el interés contractual positivo o negativo dependiendo de las concretas circunstancias del incumplimiento en cada relación contractual y de la mayor o menor facilidad que el ordenamiento reconozca al acreedor para resolver. Así, establecen que cuando la resolución en sí no suponga coste alguno para el deudor incumplidor y no haya garantías de que el incumplimiento del deudor vaya a ser considerado un incumplimiento resolutorio, una indemnización del interés contractual positivo será probablemente necesaria para generar los incentivos adecuados a cumplir. En cambio, cuando la resolución sea por sí sola costosa para el deudor incumplidor y hay un cierto riesgo de que el comprador resuelva el contrato de manera oportunista, una indemnización del interés contractual positivo resultará excesiva y acentuará de modo inadecuado el incentivo del comprador a la resolución excesiva e ineficiente, mientras que medidas indemnizatorias atenuadas resultarán más atractivas como acompañamiento de la resolución por incumplimiento.

¹¹⁸ CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 32.

¹¹⁹ Precisamente la expresión *si procede* utilizada expresamente en el art. 117.1 TRLGDCU, parece hacer referencia a la necesidad de que estén presentes los requisitos impuestos por la regulación de este remedio contenida en los arts. 1101 y siguientes del Código Civil.

pueden liquidarse como un daño u otro. De esta forma, el consumidor podrá reclamar todos los daños que se hayan producido en su entorno digital como consecuencia de la prestación defectuosamente cumplida y también en el caso de que haya incurrido en algún gasto como consecuencia del contrato, que finalmente resultó inútil¹²⁰. Del mismo modo, será indemnizable el valor de la reparación de los contenidos si la asumió el comprador (los llamados costes incidentales en los que el acreedor ha incurrido como consecuencia del incumplimiento) y la diferencia de valor entre los contenidos finalmente adquiridos y los que adquirió por el contrato incumplido¹²¹.

En definitiva, se consagra en la legislación protectora de consumidores el derecho a una indemnización de daños y perjuicios como remedio complementario a los previstos en la Directiva. La falta de una regulación pormenorizada de este remedio en el TRLGDCU determina que se haya de acudir a las reglas generales y la interpretación de las mismas dadas por los Tribunales.

7. Plazos

La DCSD regula en el art. 11 apartados 2 y 3 el plazo para hacer efectivo el derecho del consumidor que, en todo caso, debe garantizarse en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre esta cuestión, se da libertad a los Estados miembros para que determinen los plazos de garantía y/o prescripción de las acciones estableciéndose uno mínimo de dos años desde la entrega del contenido o servicio para los contratos de tracto único, y la responsabilidad del empresario durante todo el tiempo de vigencia del contrato, en los contratos de tracto sucesivo. Hubiese sido deseable, en nuestra opinión, una armonización plena sobre esta cuestión tan trascendental en materia de garantías. Dada la actual regulación, cada país puede imponer su propio plazo, lo que sin duda determinará gran inseguridad jurídica, fundamentalmente para los proveedores, que deberán conocer qué plazos se aplican en cada Estado miembro o en cuáles no existe el mismo¹²².

En concreto, el legislador español ha regulado esta cuestión en los arts. 120 y 124 TRLGDCU estableciendo, por un lado, el plazo de garantía y, por otro, el plazo de prescripción de la acción.

¹²⁰ Como pone de manifiesto CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1295, el daño a intereses de indemnidad (en la propiedad o en la integridad física) es neutral y su resarcimiento procederá siempre.

¹²¹ En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que el Derecho no ampara el enriquecimiento injusto de forma que en ningún caso se indemnizará con una cuantía de mayor valor que el daño efectivamente causado (sobre los límites de elección del acreedor sobre las partidas a indemnizar, véase CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1300. Asimismo, existen tres paliativos o limitaciones que habrán de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización. En primer lugar, el deber de mitigar el daño de la parte perjudicada, el test de la previsibilidad de los daños y, por último, los daños ocasionados en todo o en parte por la parte perjudicada. Véase, por todos, PÉREZ VELÁZQUEZ, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016, p. 181.

¹²² En la propuesta de Directiva de 2015 no se establecía ningún plazo al respecto, obligando a los Estados miembros a no establecerlo tampoco, con independencia de los plazos de prescripción de la acción que existiesen en cada ordenamiento. Así, el considerando 43 de la misma establecía lo siguiente: «Debido a su naturaleza, los contenidos digitales no son objeto de desgaste y con frecuencia se suministran a lo largo un periodo de tiempo y no en una entrega única. Se justifica, por tanto, que no se establezca un periodo durante el cual el proveedor sea responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de suministro de los contenidos digitales. En consecuencia, los Estados miembros deben abstenerse de mantener o introducir dicho periodo. Los Estados miembros deben seguir teniendo libertad para basarse en las normas de prescripción nacionales para garantizar la seguridad jurídica en relación con las reclamaciones basadas en la falta de conformidad de los contenidos digitales». Se prefiere, sin duda, esta solución por ser más protectora del consumidor y más uniforme.

En primer lugar, el art. 120.1 TRLGDCU establece el plazo de garantía para los contenidos digitales que se suministren en un solo acto o en una serie de actos individuales, disponiendo que el empresario será responsable por las faltas de conformidad que existan en el momento de del suministro y que se manifiesten en el plazo de dos años desde el suministro. En los casos de suministro continuo, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato. Se sigue así con lo expresamente establecido en la Directiva, sin hacer uso, por tanto, de la facultad de aumentar el plazo de garantía¹²³. Como ha sido puesto de manifiesto, este plazo, tal y como aparece configurado en la norma, se trata de un plazo dirigido a la distribución de riesgos entre las partes. De esta forma, los defectos que se manifiesten después de estos dos años deberán ser soportados por el consumidor, aunque fueran preexistentes al momento de la entrega¹²⁴.

Es importante tener en cuenta que, como dispone el art. 121 TRLGDCU, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, ya existían cuando el contenido o servicio digital se suministró, excepto cuando esta presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad. Igualmente, en el caso de suministro continuo, cuando la falta de conformidad se manifieste durante el suministro (art. 12.3 DCSD). De esta forma, será el empresario el que deba demostrar que el defecto no existía en el momento del suministro para liberarse de su responsabilidad. Esta regla resulta lógica teniendo en cuenta que, por la especialidad técnica de los contenidos, el empresario se encuentra en una mejor posición para averiguar el origen o causa del defecto manifestado¹²⁵.

Sólo en el caso de que el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor o usuario no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato, y cuando el empresario haya informado al consumidor sobre dichos requisitos técnicos de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato, se invertirá la carga de la prueba, debiendo en este caso el consumidor demostrar que ya existía el defecto en el momento del suministro. De esta forma, el cumplimiento del deber de información sobre la compatibilidad de los contenidos, su interoperabilidad, así como de los requisitos técnicos necesarios para que estos funcionen correctamente, determinará la inversión de la carga de la prueba en contra del consumidor.

Asimismo, se impone al consumidor la obligación de cooperar «en la medida de lo razonablemente posible y necesario» y «siempre usando los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor», con el empresario, en orden a facilitar la prueba para conocer si la falta de conformidad radica en el entorno del mismo. Así, por ejemplo, como dispone el considerando 60 DCSD, facilitando al empresario informes sobre incidentes generados

¹²³ No obstante, sí ha hecho uso de esta facultad que le otorga el art. 10.3 Directiva 771/2019, para los bienes de consumo. En efecto, se ha establecido que, para estos, el plazo sea de 3 años, aumentando así el tiempo de garantía también respecto de lo que se prevé actualmente que es de dos años desde la entrega del bien (art. 123.1 TRLGDCU).

¹²⁴ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 123», 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 (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p.p. 1779.

¹²⁵ Así expresamente se dispone en el considerando 59 DCSD. Sobre esta cuestión, también CÁMARA LAPUENTE, *InDret* 3/2016 p. 48.

automáticamente o datos de la conexión a internet del consumidor. No obstante, cuando el consumidor no coopere con el empresario y el consumidor haya sido informado de las consecuencias de la falta de cooperación con anterioridad a la celebración del contrato, la carga de la prueba corresponderá igualmente al consumidor, que deberá demostrar la existencia de la falta de conformidad y que esta existía en el momento de celebración del contrato (art. 121.4 TRLGDCU y 12.5 DCSD). Se impone aquí un nuevo deber de información precontractual cuyo fin fundamental es que el consumidor conozca su deber legal de cooperar con el empresario para determinar si el origen del defecto se halla en su entorno o en la incompatibilidad del mismo con el contenido. Al respecto, llama la atención que se imponga un deber de información que recaea sobre una obligación legal (deber de cooperar) que el consumidor no puede ignorar por estar, precisamente, impuesta por una Ley. En cualquier caso, esta información estará, habitualmente, *escondida* en el texto de las condiciones generales del contrato, lo que determinará que, en la mayoría de los casos, el consumidor no la haya leído ni la conozca. Quizás hubiese sido más efectivo imponer este deber de información en el momento en que se produzca el supuesto, de tal forma que el consumidor conozca las consecuencias de no actuar conforme se exige legalmente en el momento en que se exige su colaboración.

Conviene resaltar que se ha suprimido la obligación del consumidor (prevista en el actual art. 123.5 TRLGDCU), de informar al empresario de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. Esta obligación sí se prevé en la Directiva 771/2019 (art.12)¹²⁶ pero no en la DCSD, que prohíbe expresamente su imposición en el considerando 11 de la misma. Ello no impide, sin embargo, que pueda exigirse el ejercicio del derecho conforme a la buena fe lo que determina, en nuestra opinión, que el consumidor efectivamente debe informar al empresario de la falta de conformidad en un plazo razonable de acuerdo con las circunstancias. Actuar de forma contraria no determinará, en ningún caso, la pérdida de los derechos por el consumidor. No obstante, puede tener otros efectos como la reducción del importe de la indemnización por daños y perjuicios que se le deba, en su caso, cuando el retraso en la comunicación haya provocado más daños de los esperados¹²⁷.

Los plazos de garantía y presunciones establecidos en el art. 120 y art. 121 quedan suspendidos en el momento en que el consumidor o usuario ponga el bien o el contenido o servicio digital a disposición del empresario y se reanudan en el momento en que se produzca el suministro del contenido o servicio digital, ya conforme, al consumidor o usuario (art. 122 TRLGDCU).

En cuanto a la prescripción de la acción, establece el art. 124 TRLGDCU prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad, aumentándose el plazo respecto del que se prevé en el actual art. 123 TRLGDCU que es de tres años. Se cumple así con la exigencia de la legislación europea (establecida en el art. 11.2 párrafo segundo y art. 11.3 párrafo segundo DCSD) conforme a la cual el plazo de prescripción debía permitir al consumidor exigir las medidas

¹²⁶ No obstante, el considerando 46 de la Directiva 771/2019 da libertad para imponer dicho plazo, al establecer que: «Los Estados miembros deben poder garantizar que los consumidores disfruten de un mayor nivel de protección, no estableciendo dicha obligación». De esta forma, el legislador español ha aumentado la protección del consumidor en este punto al suprimirla.

¹²⁷ Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta el deber (carga) de mitigar el daño por parte del acreedor ya consolidado en nuestra jurisprudencia. De esta forma, entendemos que, si el consumidor ha podido evitar la extensión de los daños siendo diligente en la comunicación del defecto al suministrador, podrá después descontarse del quantum indemnizatorio debido por este último. Sobre este efecto, PÉREZ VELÁZQUEZ, «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *Indret* 1/2015, p. 49.

correctoras establecidas en el artículo 14 DCSD por cualquier falta de conformidad que se produzca o se manifieste durante el período mínimo indicado (dos años para suministro único y durante la vigencia del contrato para el suministro continuado). Es de destacar que el plazo comience a contar desde la manifestación del defecto y no desde la entrega del contenido, tal y como sucede actualmente en el art. 123 TRLGDCU para los bienes de consumo, duramente criticado en este aspecto¹²⁸.

8. Conclusiones

La DCSD ha supuesto, sin duda, un importante paso en orden a la unificación del Derecho de contratos en la UE y el impulso del Mercado Digital interior. Aunque efectivamente no se partía de un vacío normativo, la norma regula una cuestión fundamental cual es la del régimen jurídico de los derechos contractuales del consumidor en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Con dicha regulación se unifican los criterios de cumplimiento y remedios, logrando así regulación armonizada a nivel europeo. De esta forma, se obtiene mayor seguridad jurídica para las empresas que actúan en el sector, que podrán dirigir sus productos o servicios con la seguridad de conocer la regulación aplicable. También para los consumidores, cuyos derechos serán los mismos en cualquier transacción transfronteriza que realicen.

Esta Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el Título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que modifica el TRLGDCU para adaptarlo tanto a la DCSD como a la Directiva 771/2019, sobre compraventas de consumo. En concreto, se realiza un tratamiento unificado de los requisitos de conformidad y los remedios disponibles para la compraventa y para el suministro de contenidos y servicios digitales, diferenciando en determinadas cuestiones de acuerdo con la naturaleza del bien. En este trabajo nos hemos centrado en el análisis de las principales cuestiones y novedades de la regulación aplicable a los contratos de suministro de contenidos digitales, con el fin último de poner de manifiesto los aciertos y desaciertos de la misma en orden a lograr una efectiva protección del consumidor de estos bienes. Al respecto, se pueden formular las siguientes conclusiones:

I. Respecto al sujeto protegido por la norma, se consolida una vez más la necesidad de que este actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial. Respecto a lo usos mixtos o en los que se adquiere el contenido digital por un particular que, sin embargo, obtiene beneficios con su uso (supuestos estos bastante comunes en el mercado digital) podemos imaginar que continuarán los criterios jurisprudenciales ya consagrados sobre los mismos. Así, en el primer caso, se exigirá un uso comercial residual para que sea considerado consumidor. En el segundo caso que no se realice la actividad de forma habitual tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo.

II. Al incorporarse la DCSD al TRLGDCU, el suministrador de los contenidos o servicios digitales será toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Se ha de señalar que, en muchos casos, el suministrador será una plataforma digital. Sobre el cliente de los bienes o servicios ofertados en la plataforma cabe cuestionarse si también es parte de un contrato con la plataforma que usa o

¹²⁸ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 123», *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)*, p. 1779.

es un mero destinatario de un servicio de la sociedad de la información. Aquí habrá que distinguir dos supuestos diferentes. En primer lugar, si sólo usa la plataforma para buscar información sobre los bienes o servicios ofertados en la misma, sin registro ni compromiso por su parte, entendemos que no hay contrato y solo un uso de un servicio de Internet regulado por supuesto, por la LSSICE. En segundo lugar, si finalmente adquiere el bien o servicio a través de la plataforma, hemos de entender, en línea de principio, que también contrata con la plataforma pues aceptará sus términos y se registrará por sus normas, amén de proporcionar además sus datos personales para que este los utilice con fines comerciales. No obstante, entendemos que en el supuesto de que la plataforma digital actúe como intermediaria del contrato que se celebre entre el empresario y el consumidor, no será responsable por las faltas de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados al no haber acogido el legislador español la posibilidad de ampliar la responsabilidad a la misma en estos supuestos

III. El contrato regulado en la Directiva comprende tanto los negocios en los que el empresario se obliga a proporcionar datos producidos y suministrados en formato digital (como pueden ser programas de ordenador, archivos musicales, juegos digitales, libros electrónicos, etc.) como servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) y servicios 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. Por su parte, el legislador español se ha limitado a determinar en su art. 59 bis el concepto de contenido y servicio digital. No obstante, la nueva definición del contrato de servicios sí incluye a aquellos digitales de forma que se ha optado por incluir al contrato cuyo objeto sea un servicio digital en la categoría de los contratos de servicios, dejando sin tipificar, sin embargo, a los contratos de suministro de contenidos digitales.

IV. Una de las principales novedades de la DCSD es la de incluir dentro de su ámbito de aplicación a los contratos de suministro en los que el consumidor no paga un precio en dinero si no que cede sus datos personales al profesional para que este los trate, obteniendo importantes beneficios. Esta decisión ha sido generalmente alabada pues se reconoce por primera vez el valor que tienen los datos personales en este mercado, protegiendo así el interés del consumidor en el contrato. En estos casos es necesario que el consumidor consienta expresamente en el tratamiento de sus datos personales mediante una conducta activa (11.4 RGPD) y, además, tendrá un derecho a revocar el consentimiento otorgado sin necesidad de alegar causa alguna (art. 7.3 RGPD). Respecto a los efectos contractuales del ejercicio de este derecho del consumidor, se ha determinado que el suministrador tendrá derecho a resolver el contrato siempre que se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte (art. 119 ter, apartado 7 TRLGDCU).

V. En cuanto a las obligaciones principales del empresario son, por un lado, la de suministrar el contenido o servicio digital en el plazo establecido o, en caso de que no se haya establecido ninguno, sin demora indebida tras la celebración del contrato. Asimismo, ha de cumplir su obligación de acuerdo con los parámetros subjetivos y objetivos de conformidad. Así, los primeros serán los que expresamente previstos en el acuerdo y, los segundos, los requisitos que, en todo caso, han de reunir los contenidos o servicios digitales. Estos últimos se concretan en el cumplimiento de las leyes y códigos de conducta a los que esté adherido el suministrador, las expectativas razonables del consumidor, las prestaciones y características normales que presenten los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y la obligación de suministrar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales.

Se prevé que el contrato excluya alguna característica derivada de estos requisitos objetivos de conformidad, siempre que se haya aceptado expresamente y por separado en el momento de celebración del contrato.

VI.- El art. 117. 2 TRLGDCU (art. 10 DCSD) prevé un supuesto concreto de falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros. Se introduce por primera vez este supuesto de falta de conformidad jurídica en una Directiva de la Unión Europea (también previsto en el art. 9 de la Directiva 771/2019). No cabe duda de la especial relevancia que tiene esta previsión en el contrato de suministro de contenidos digitales pues, en la mayoría de los casos, estos estarán sujetos a derechos de terceros y, más concretamente, a derechos de propiedad intelectual. De esta forma, el proveedor del contenido deberá contar con las licencias o permisos necesarios para que el consumidor pueda hacer uso del mismo de acuerdo con lo establecido en el contrato y conforme a lo que pueda razonablemente esperar. En cuanto a las consecuencias jurídicas, este supuesto se identifica con una falta de conformidad, de tal forma que el consumidor podrá exigir las medidas correctoras reguladas en la normativa y que son la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato.

VII. El sistema de remedios puestos a disposición del consumidor en caso de incumplimiento del empresario, es jerarquizado y se compone de tres medidas que son la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato.

VIII. La puesta en conformidad se trata básicamente de la corrección de la prestación por parte del suministrador. El consumidor no puede elegir la forma en la que se pondrán los bienes en conformidad ni se distingue entre reparación y sustitución, adecuando este remedio a la especial naturaleza de estos bienes. Se exigirá siempre que se realice en un periodo de tiempo razonable, sin coste y sin mayores inconvenientes para el consumidor. El empresario podrá, no obstante, eximirse de esta obligación cuando implique costes desproporcionados o cuando resulte imposible. En estos casos, el consumidor podrá optar, entonces, por los siguientes remedios, estos son, la reducción del precio o la resolución del contrato.

IX. La reducción del precio trata fundamentalmente de reequilibrar las posiciones de las partes en el contrato, cuando el contenido digital no ha sido puesto en conformidad. En este caso, se reduce el precio que el consumidor ha pagado en proporción a la disminución del valor de los contenidos finalmente suministrados. En nuestra opinión, este remedio está justificado en los casos en los que el contenido o servicio se presta durante un tiempo y ha fallado en determinados periodos. Igualmente, en los casos en los que el empresario ha realizado el bien siguiendo las instrucciones o necesidades del consumidor. En los demás supuestos (mayoritarios en la práctica) en los que los contenidos suministrados son fungibles abogamos por una interpretación estricta del precepto, de forma que se permita al consumidor resolver el contrato, aún en supuestos de defecto leve, cuando pueda apreciarse que el defecto es importante para el consumidor (teoría subjetiva), que no hay oportunismo ni abuso de derecho, ni los costes de salida del contrato resultan irrazonables para ninguna de las dos partes. De esta forma, se evita también el posible oportunismo por parte del empresario que quiera aprovechar esta regulación para suministrar un contenido «defectuoso», aún a menor precio (si el remedio se ejercita finalmente por el consumidor), que de otra forma tendría que retirar

X. La resolución del contrato se prevé para el caso en que no se suministre el contenido digital, no haya sido puesto en conformidad o el defecto sea tan grave que justifique acudir a este remedio directamente. También en los casos de modificación del contrato durante la vigencia

del mismo. En este caso, se pone fin al contrato, debiendo las partes restituirse las prestaciones dadas en virtud del mismo. El empresario deberá rembolsar al consumidor el precio pagado. Asimismo, se abstendrá de usar cualquier contenido facilitado o creado por el consumidor durante el contrato e igualmente, pondrá a disposición del consumidor los mismos sin cargo alguno y en un formato habitualmente usado y legible electrónicamente. Nos llama la atención las excepciones a estas obligaciones contempladas por la norma, que parecen estar al servicio de los intereses del empresario más que en la consecución de una protección efectiva del consumidor. Por último, el empresario deberá cumplir con todas las obligaciones derivadas del RGPD en los casos en los que se le haya cedido datos personales y este los haya tratado.

XI. El considerando 73 DCSD dispone expresamente 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. En concreto, el legislador español ha optado por reconocer expresamente este derecho en el art. 117.1 TRLGDCU para los supuestos de falta de conformidad, aunque cabe extenderlo, de acuerdo con el texto de la Directiva, también a los supuestos de incumplimiento definitivo. Puesto que el legislador no ha regulado este derecho expresamente, debemos de acudir a las normas generales que regulan este remedio y que se encuentran en el Código Civil. En cualquier caso, se indemnizará el interés contractual positivo de forma que se coloque al consumidor en la posición más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios hubiesen sido correctamente suministrados.

XII. Respecto a los plazos, el art. 120.1 TRLGDCU establece el plazo de garantía para los contenidos digitales que se suministren en un solo acto o en una serie de actos individuales, disponiendo que el empresario será responsable por las faltas de conformidad que existan en el momento de del suministro y que se manifiesten en el plazo de dos años desde el suministro. En los casos de suministro continuo, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato. Se sigue así con lo expresamente establecido en la Directiva, sin hacer uso, por tanto, de la facultad de aumentar el plazo de garantía. Los plazos de garantía y presunciones establecidos en el art. 120 y art. 121 quedan suspendidos en el momento en que el consumidor o usuario ponga el bien o el contenido o servicio digital a disposición del empresario y se reanudan en el momento en que se produzca el suministro del contenido o servicio digital, ya conforme, al consumidor o usuario (art. 122 TRLGDCU). En cuanto a la prescripción de la acción, establece el art. 124 TRLGDCU prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad, aumentándose el plazo respecto del que se prevé en el actual art. 123 TRLGDCU que es de tres años.

XIII. En definitiva, la nueva regulación sobre los derechos de los consumidores en los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales aporta uniformidad en el tratamiento de estos negocios dentro de la Unión. No obstante, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, creemos que existen algunas deficiencias en la normativa en orden a lograr una mayor seguridad jurídica y una más efectiva protección del consumidor.

XIV. Por último, conviene resaltar el tratamiento unificado que se realiza sobre los requisitos objetivos y subjetivos y los remedios disponibles tanto para el contrato de compraventa de bienes materiales como para el suministro bienes y servicios digitales. De esta forma, por finalizar con

una proposición de *lege ferenda*, estimamos que sería una buena oportunidad para el planteamiento de una regulación general del contrato de servicios en el marco del Derecho de consumo de la UE¹²⁹. En efecto, esta Directiva demuestra que cabe uniformar el régimen jurídico del cumplimiento e incumplimiento de los contratos de servicios en general, mejorando así la protección del consumidor en el ámbito de estos negocios que constituyen hoy día uno de los fundamentales del tráfico jurídico.

9. Bibliografía

AGUILERA RUIZ, Luis, «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 MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ/ESTHER HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 117.ss.

AGUSTINOY GUILAYN, Albert/ MONCÚS RUIZ, Jorge, *Aspectos legales de las redes sociales*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2019.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *Indret* 3/2016 (www.indret.com).

ARENAS RAMIRO, Mónica, «Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades», en ARTEMI RALLO LOMBARTE/ROSARIO GARCÍA MAHAMULT (coords.), *Hacia un nuevo derecho de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 31 ss.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 79 ss.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, «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 ss.

BEALE, Hugh, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, Workshop for the Juri Committee. Disponible en <http://www.epgencms.europarl.europa.eu> (Fecha de consulta: 20.7.21).

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, «Remedies in the Proposed Digital Content Directive. An overview», en REINER SCHULZE/DIRK STAUDENMAYER/SEBASTIAN LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory, Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 129 ss.

¹²⁹ En efecto, la gran variedad de servicios existentes en el mercado y que se ofertan a los consumidores por parte de empresarios y profesionales ha determinado, en cierta medida, que no exista una regulación específica dirigida a todos estos, si no que se ha optado por regular determinados contratos en particular.

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*, núm.9881, junio, 2021.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 141 ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «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* 3/2016 (www.indret.com).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista Cesco de derecho de consumo* 11/2014 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/579>).

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Civitas, 3ª edición, Pamplona, 2021.

CASTILLO PARRA, José Antonio, «Economía digital y datos entendidos como bienes», en JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 283 ss.

CUENA CASAS, Matilde, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12, núm.2, octubre, 2020, pp. 283 ss.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M^a Isabel, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.

ESPÍN ALBA, Isabel, «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, «El ámbito material de la aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2020, pp. 559 ss.

GARCÍA PÉREZ, Rosa M^a, «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175 ss.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret* 4/2019, (www.indret.com).

GÓMEZ POMAR, Fernando/GIL SALDAÑA, Marian, «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 ss.

GSELL, «Article 14», en REINER SCHULZE/DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 241 ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Artículo 121», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1761 ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Artículo 122», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1770 ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Artículo 123», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1775 ss.

MIRANDA SERRANO, Luís María, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo de contenidos digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021.

MORAIS CARVALHO, Jorge, «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 31 ss.

MORALES BARCELÓ, Judith, «El consentimiento del interesado en materia de protección de datos del reglamento UE 2016/679», en JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 307 ss.

NAVARRO CASTRO, Miguel, «El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor», en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 321 ss.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan pablo, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan pablo, «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *Indret* 1/2015 (www.indret.com).

ROSENKRANZ, Frank, «Article 10», en REINER SCHULZE/DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 183 ss.

SCHULZE, Reiner/STAUDENMAYER, Dirk/LOHSSE, Sebastian, «Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps- An introduction», en REINER SCHULZE/DIRK

STAUDENMAYER/ SEBASTIAN LOHSSE (edis.), *Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 11 ss.

SEIN, Karin / SPINDLER, Gerald, «The new Directive on contracts for supply of digital content and digital services-conformity criteria, remedies and Modifications-Parts 2», *European Review of Contract Law*, nº15, 2019.

SÉNÉCHAL, Juliette, «Article 2», en REINER SCHULZE/ DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 43 ss.

SÉNÉCHAL, Juliette, «Article 16(2) of the Digital Content and Digital Services Directive on the Consequences of Termination of Contract and Union Law on the Protection of personal Data», en *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

SPINDLER, Gerald, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret* 3/2016, (www.indret.com).

STAUDENMAYER, Dirk, «Article 3», en REINER SCHULZE/ DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 57 ss.

TWIG-FLESNER, Christian, «Conformity of goods and Digital content/digital Services», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 49 ss.

ZOLL, Fryderyk, «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* Volume 5, Issue 6, 2016.