

El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015

Sergio Cámara Lapuente

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Abstract *

Una de las primeras medidas planteadas para desarrollar la estrategia del “Mercado Único Digital” (Comunicación de la Comisión Europea de 5 de mayo de 2015) es la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre de 2015 [COM(2015) 634 final]. Ese texto afronta el difícil reto de adaptar las reglas tradicionales sobre la falta de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa al nuevo escenario del “contrato de suministro” de contenidos digitales. En el presente estudio se abordan en primer lugar algunas cuestiones generales de la Propuesta de Directiva: el concepto amplio de “contenidos digitales”, que incluye también “servicios” como el almacenamiento en la nube (cloud computing) o las redes sociales, la naturaleza jurídica de contrato de suministro –que, con un enfoque funcional acertado, no se prejuzga–, la relación de la Propuesta con otras normas europeas y la decisión de incluir en su ámbito de aplicación también los contratos cuya contraprestación fue no dineraria, en forma de datos; esta última solución, que correctamente toma en consideración el valor monetario de los datos, resulta demasiado restringida al incorporar el requisito de que los datos deban ser facilitado “activamente” por el consumidor, lo cual es objeto de crítica. En segundo lugar, en estas páginas se aborda el régimen de conformidad de los contenidos digitales con el contrato (arts. 6-9), el sistema de responsabilidad del proveedor tanto por falta de suministro o retraso como por falta de conformidad de lo suministrado (art. 10) y los remedios, acciones o formas de saneamiento aparejadas a esa responsabilidad (arts. 11-14).

Este análisis trata de valorar los fundamentos y consecuencias de las reglas favorables y perjudiciales para los intereses de los consumidores y alerta sobre algunas carencias, incógnitas y defectos que plantean ciertos artículos, para los que se ofrecen sugerencias de modificación o interpretaciones que permitan una adecuada ponderación de intereses. Así, entre las reglas favorables a la posición de los consumidores, se analizan y valoran positivamente las normas sobre carga de la prueba, la validez de la resolución mediante notificación por cualquier medio o las previsiones sobre la restitución de las contraprestaciones tras la resolución, en las que se presta especial cuidado a la recuperación de los contenidos generados por el usuario. En cambio, entre las reglas que plantean mayores dudas y merecen clarificación por efecto del enfoque de armonización máxima está el saber si en caso de falta de suministro el consumidor sólo dispone del derecho de resolución inmediata (más indemnización) o averiguar si se pretende que el muy limitado régimen de indemnización sólo por daño económico al entorno digital del consumidor veta a los Estados miembros aprobar otras normas para garantizar otras indemnizaciones por otros daños. También se defiende que los fines de la Propuesta de Directiva quedarían mejor cubiertos si se estableciesen normas uniformes sobre prescripción de las acciones, a falta de plazo de garantía legal. Finalmente, este ensayo se muestra especialmente crítico con algunas decisiones que son claramente perjudiciales a unos intereses legítimos de los consumidores que cabía esperar más protegidos en esta Propuesta (por contraste con otras): en concreto, se sostiene que la norma debería consagrar algunos parámetros legales y objetivos mínimos sobre las expectativas razonables de los consumidores, sin dar una primacía prácticamente absoluta a lo establecido unilateralmente por el proveedor; se aboga por extender la resolución inmediata y no sólo subsidiaria a las faltas de conformidad más graves que frustran totalmente el fin del contrato para el consumidor y se realiza una interpretación del art. 12.5 que favorece

* Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación I+D+i financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, con referencia DER2012- 37206 (*Derecho privado europeo: más allá de los ámbitos ya armonizados*) del que el autor es Investigador Principal. Tiene su base en la intervención en el Seminario Internacional *Mercado único digital europeo y protección de los consumidores*, Universidad de La Rioja, 11 marzo 2016, cuyas ponencias se reúnen en el presente número monográfico de *Indret*.

cierta relajación de los requisitos exigidos para resolver; o se propone admitir que el consumidor pueda suspender el pago del precio pendiente mientras no se produzca la puesta en conformidad.

The Proposal for a directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content of 9 December 2015 [COM(2015) 634 final] (“the Proposal”) is one of the first measures to put into effect the Digital Single Market Strategy as set out in the European Commission’s Communication of 5 May 2015. The Proposal takes up the challenge of adapting the traditional rules governing lack of conformity of goods under the law of sale to the new context of contracts for the supply of digital content. This paper will deal first with some general issues arising from the Proposal: its wide definition of “digital content”, which embraces also such “services” as cloud computing or social networks and platforms; the legal nature of the contract of supply –which is not predetermined, i.e., it is properly understood functionally rather than defined conceptually–; the relationship between the Proposal and other European legal rules; and the decision to include within its scope contracts where the “counter-performance” provided by the consumer for the supply of digital content is in the form of data rather than money. In the author’s view, this last decision correctly takes account of the financial value of data, but the Proposal’s drafting is too narrow as it requires an “active” role on the part of the consumer providing it. Secondly, the paper will analyse the regime of conformity of the digital content with the contract (arts. 6-9), the system of liability of the provider, both in respect of any failure to supply the digital content and of any lack of conformity of the content supplied (art. 10), and the remedies provided for these kinds of contractual non-performance (arts. 11-14).

The resulting analysis reveals the extent to which the Proposal promotes or prejudices the interests of consumers, and it also indicates the gaps, uncertainties and defects in the scheme which it requires. The paper suggests changes to the text of the Proposal itself and, where appropriate, the way in which the existing text should be interpreted so as to take into account all the interests at stake. Among the more consumer-friendly rules, those on burden of proof, the validity of termination by notice by any means, and restitution of “counter-performances” after termination of the contract (with particular care being taken so as to allow the retrieval of digital content generated by consumers) are to be welcomed. On the other hand, the maximum harmonization which the Proposal requires poses difficult questions in relation to those rules which are in need of further clarification by the legislator, for example, whether a consumer can terminate immediately (and claim limited damages) only in the case of any failure to supply, or whether the Proposal’s intention is that the very limited rule on the right to recover economic damage to the digital environment of the consumer precludes Member States from allowing the consumer to recover damages in respect of other types of damage. Furthermore, this paper argues that the aims of the Proposal would be better achieved if it provided a set of uniform rules on prescription with a long period, in the absence of a time limitation for liability of the supplier and for the reversal of the burden of proof. It criticises some legislative decisions that are definitely detrimental to certain legitimate interests of consumers in circumstances where a comparison with other legal rules and proposals would lead one to think that they should be better protected. In particular, the Proposal should include some legislative, objective and not just subsidiary standards or criteria on the reasonable expectations of consumers, instead of giving almost full priority to what the supplier unilaterally established in the contract. Moreover, termination should be granted to consumers immediately rather than putting this remedy at a secondary level, at least for cases of gross lack of conformity which completely frustrate the purpose of the contract from the beginning; in the absence of such a legal change, an interpretation of art. 12.5 is suggested to soften the requirements necessary for termination of the

contract. Finally, the consumer should be entitled to withhold payment of any outstanding part of the price until the supplier has brought the digital content into conformity with the contract.

Title: Remedies for non-conformity under contracts for the supply of digital content in the Proposal for a Directive of 9.12.2015

Keywords: digital content, conformity, contract, supply, services, consumer protection, digital single market, e-commerce, online sale, termination, damages, personal data, unfair terms, transparency, maximum harmonization.

Palabras clave: contenido digital, conformidad, contrato, suministro, servicios, protección del consumidor, mercado único digital, comercio electrónico, venta en línea, resolución, indemnización, datos personales, cláusulas abusivas, transparencia, armonización máxima.

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Puesta en contexto de la Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales
 - a. La Estrategia para el Mercado Único Digital como origen directo
 - b. La creación de un moderno Derecho contractual europeo en el trasfondo
 - c. El contenido de la PDCDig. en contexto
 - 1.2. Breves observaciones sobre cuatro cuestiones preliminares
 - a. La definición de los “contenidos digitales”
 - b. La naturaleza jurídica del “contrato de suministro”
 - c. La relación de esta Propuesta de Directiva con otras normas de la Unión Europea
 - d. Los contratos de suministro “gratuitos” y las contraprestaciones no dinerarias
2. La conformidad de los contenidos digitales con el contrato
 - 2.1. Visión general y carencias del sistema diseñado en la Propuesta de Directiva
 - 2.2. Parámetros de conformidad: crítica de la desconsideración de las legítimas expectativas
 - a. Parámetros contractuales: en especial, el problema de los defectos de seguridad y las actualizaciones
 - b. Parámetro legal supletorio (y papel crucial del principio de transparencia)
 - c. Parámetros legales inalterables contractualmente (integración/instalación y conformidad jurídica)
 - 2.3. Tiempo
 - 2.4. Prueba
3. Responsabilidad del suministrador y remedios
 - 3.1. Responsabilidad por falta de suministro: ¿sólo cabe resolver?
 - 3.2. Responsabilidad por suministro no conforme con el contrato
 - a. Formas de saneamiento y su jerarquía
 - b. La puesta en conformidad
 - c. La reducción del precio
 - d. Resolución e indemnización (remisión)
4. En particular, la resolución del contrato
 - 4.1. Requisitos de la resolución por faltas de conformidad
 - a. Resolución sólo por faltas que afecten a las prestaciones principales del contenido digital
 - b. Carga de la prueba
 - 4.2. Forma
 - 4.3. Consecuencias
 - a. Derechos del consumidor
 - b. Derechos del proveedor
 - c. ¿Otras posibles consecuencias?
 - 4.4. Resolución parcial
5. En particular, la indemnización por daños y perjuicios
6. Conclusiones
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Introducción

1.1. Puesta en contexto de la Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales

a. La Estrategia para el Mercado Único Digital como origen directo

El origen inmediato de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre de 2015¹ (en adelante, Directiva de suministro de contenidos digitales o PDCDig.) trae causa de una de las prioridades fijadas por el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude JUNKER, antes de su toma de posesión en 2014: adoptar “un conjunto de ambiciosas medidas legislativas destinadas a la creación de un mercado único digital conectado (...) modernizando y simplificando las normas de protección de los consumidores en relación con las compras en línea y digitales”². El 6 de mayo de 2015 la Comisión publicó su comunicación sobre la estrategia para crear un mercado único digital en Europa (*Digital Single Market Strategy*)³ y dentro del primero de los tres pilares en que se basa, esto es, mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, se preveía la adopción de medidas para eliminar los obstáculos relacionados con la falta de armonización del Derecho contractual; las dos primeras iniciativas presentadas en este ámbito son la citada Propuesta Directiva sobre el contrato de suministro de contenidos digitales y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes⁴ (en adelante, Directiva de compraventa en línea de bienes o PDCLBienes), del propio 9 de diciembre de 2015, junto con otras propuestas⁵ explicadas en una nueva Comunicación de igual fecha⁶.

En particular, la PDCDig., que adopta un criterio de armonización máxima (art. 4), se justifica por la Comisión Europea con varias razones –dentro de la estrategia general de potenciar el comercio electrónico para estimular el progreso de la economía digital con la consiguiente

¹ COM(2015) 634 final.

² JUNKER (2014, p. 5). Se trata, en concreto, de la segunda prioridad de las diez encomendadas a la nueva Comisión Europea.

³ COMISIÓN EUROPEA (2015a), *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Bruselas, 6.5.2015, COM(2015) 192 final.

⁴ COM(2015) 635 final.

⁵ En concreto, se presentó también la *Propuesta de Reglamento sobre la garantía de la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*, Bruselas, 9.12.2015, COM(2015) 627 final. Un recuento de otras iniciativas legislativas inminentes puede verse en la Comunicación referida en la siguiente nota (*vid.* p. 6)

⁶ COMISIÓN EUROPEA (2015b), *Contratos digitales para Europa - Liberar el potencial del comercio electrónico. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, Bruselas, 9.12.2015, COM(2015) 633 final.

generación de riqueza en el mercado europeo⁷–: reducir los costes resultantes de la diversidad y fragmentación legislativa en este campo, creando seguridad jurídica y eliminando la complejidad normativa para favorecer la oferta de contenidos digitales; y, en relación con los consumidores, establecer unos derechos claros con un alto nivel de protección que incentive su confianza en el acceso a contenidos digitales⁸. No es un secreto la importancia que la Comisión Europea otorga a “colonizar” el terreno bastante inexplorado e incógnito (tanto en el Derecho de la UE como en los Derechos nacionales) de las reglas específicas sobre el contrato de suministro de contenidos digitales, “antes de que sea demasiado tarde”⁹, en un doble sentido: por un lado (más confesado), para conseguir unas reglas uniformes antes de que eclosionen las regulaciones nacionales dispares sobre un contrato tan apto para las transacciones transfronterizas y, por otro lado (más larvado), para evitar que estos contratos con consumidores europeos queden modelados por las empresas tecnológicamente más pujantes de acuerdo con los estándares normativos de países extracomunitarios (señaladamente, de acuerdo con el Derecho estadounidense).

No es cierta la afirmación superficial de que existe una “laguna” legal sobre este tipo de contratos o que no existe Derecho que les sea directamente aplicable: desde el punto de vista de la Unión Europea sí existen importantes Directivas que se les están aplicando¹⁰; desde la perspectiva de los Estados Miembros, por el momento sólo dos países han aprobado en 2015 normas *ad hoc* sobre la defensa de los consumidores en los contratos de suministro de contenidos digitales (más allá de la pura transposición de las reglas de la Directiva 2011/83 e incluyendo el régimen de conformidad propio de la PDCDig.), a saber, Reino Unido y Países Bajos¹¹, en tanto que Irlanda está en curso de hacerlo¹². Pero no debe obviarse que en el resto de

⁷ Según las estimaciones macroeconómicas de la comisión europea, la supresión de las barreras sobre el derecho contractual relativas a la compraventa en línea de bienes y contenidos digitales supondría una ganancia para el PIB real de la UE de 4.000 millones de euros por año: para el desglose de estos datos, COMISIÓN EUROPEA (2015b, p. 6); y en más detalle, COMISIÓN EUROPEA (2015c), *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, Bruselas, 9.12.2015, SWD(2015) 274 final, pp. 42-43.

⁸ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA (2015b, pp. 4-5); considerandos 6, 7 y 8 PDCDig.

⁹ En expresión empleada por la COMISIÓN EUROPEA (2015b, p. 8).

¹⁰ Por citar las más evidentes, la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores (con un régimen específico de información y desistimiento para los contratos sobre suministros digitales), la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo (que, al amparo de su carácter de mínimos, en algunos países se aplica no sólo a los “bienes muebles corporales” sino también a productos digitales, v. gr., en España, arts. 6 y 114-115 TR-LGDCU), la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico; además de otras directivas no de estricto Derecho contractual, como la de prácticas comerciales desleales o las de protección de datos. Sobre ese marco normativo aplicable a los contratos de suministro de contenidos digitales y, más en general, a los contratos en línea, *vid.* MANKO (2015, pp. 8-13), quien prefiere hablar de “necesidad de actualización” más de que de laguna legal del Derecho derivado de la UE.

¹¹ Respectivamente, *UK Consumers Rights Act 2015* (capítulo 3, seccs. 33-47), aprobada el 26 de marzo de 2015 (disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted>), y Ley de 14 junio 2015 que

Estados Miembros se están aplicando a estos contratos bien de forma directa o bien por analogía las reglas de transposición de la Directiva 1999/44 sobre garantías en la venta de bienes de consumo, o bien los preceptos de sus Códigos civiles sobre obligaciones y contratos (sobre compraventa, arrendamiento, obra o servicios y, muy especialmente, en relación con “servicios” digitales); por lo tanto, a la hora de evaluar si realmente la PDCDig. supone o no un elevado nivel de protección de los consumidores, habrá que contrastar sus reglas no con una situación de vacío normativo sino con el Derecho nacional en vigor (en verdad fragmentario e incierto, pero existente). De salir adelante la propuesta, lo que resulta indiscutible es el logro de una mayor seguridad jurídica y, presumiblemente, el refuerzo del mercado interior.

b. La creación de un moderno Derecho contractual europeo en el trasfondo

Sentado así el origen inmediato de las reglas contenidas en la PDCDig es preciso aludir a una suerte de origen algo más remoto, pues cuentan con una prehistoria anterior que permite trazar el origen y causas de algunas de las decisiones de política legislativa adoptadas.

En un momento en que la Comisión Europea tenía en marcha dos procesos de acción legislativa paralelos pero conectados, uno relativo a la revisión del acervo comunitario de consumo (del cual la Directiva 2011/83/EU, de 25 de octubre, sería uno de los primeros resultados, con las primeras reglas específicas sobre contenidos digitales desde la UE) y otro sobre la creación de un auténtico Derecho contractual europeo (que abocaría en la finalmente frustrada Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea, de 10 de octubre de 2011¹³, en adelante CESL en sus siglas inglesas), la Comisión encargó a finales de 2009 dos estudios, uno económico¹⁴ y otro jurídico, para preparar la adopción de una normativa específica de protección del consumidor de contenidos digitales; el estudio jurídico de Derecho comparado y recomendaciones de regulación, dirigido desde la Universidad de Ámsterdam, se presentó el 1 de junio de 2011¹⁵ y parte de sus sugerencias sirvieron para modelar en el último momento algunas reglas tanto en la Directiva 2011/83 (noción de contenido digital, requisitos de información y derecho de desistimiento) como en el CESL (que, además de esas materias, incorporó reglas *ad hoc* sobre conformidad y remedios ante su falta o previsiones en relación con cláusulas abusivas). La incorporación de previsiones específicas sobre contenidos digitales en el

modifica los libros 6 y 7 del Código civil de los Países Bajos (disponible en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2015-220.html>).

¹² El *Department of Jobs, Enterprise and Innovation* del Gobierno Irlandés presentó a través de su Ministro el 25 de mayo de 2015 un borrador de ley (*Consumer Rights Bill May 2015*) en el que se regulaban ampliamente los contratos sobre contenidos digitales; se abrió una consulta pública, cerrada en agosto de 2015 y se anunciaba la adopción de la norma para mediados de 2016. Texto del borrador y más información disponible en <https://www.djei.ie/en/News-And-Events/Department-News/2015/May/Historic-overhaul-of-law-to-give-consumers-major-new-rights---Minister-Bruton-.html>, fecha de consulta 18.4.2016).

¹³ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, Bruselas, 10.10.2011, COM(2011) 635 final.

¹⁴ EUROPE ECONOMICS (2011).

¹⁵ UNIVERSITY OF AMSTERDAM, CENTRE FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW (CSECL), INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IViR), LOOS, M. B. M. *et al.* (2011).

CESL de 2011 fue muy tardía¹⁶ y aún se remodelaría en varios sentidos en las enmiendas a su texto aprobadas en febrero de 2014 por el Parlamento Europeo¹⁷ –como la reformulación de algunas reglas cuando el contrato fuese gratuito o cuando la contraprestación por el suministro digital fuese la entrega de datos personales¹⁸; o la aclaración de que el CESL debe poder aplicarse a los contenidos digitales almacenados en la nube o *cloud computing*¹⁹–. Como es sabido, aunque el CESL fue refrendado por el Parlamento Europeo, nunca llegó a serlo por el Consejo, tras numerosos problemas en su negociación por diversas razones²⁰ y la nueva Comisión Europea de 2014, sin abandonar por entero el propósito de convertir ese cuerpo de reglas de alguna forma en Derecho vigente, anunció su profunda modificación²¹ en cuanto a contenido, naturaleza y ámbito de aplicación. De ahí que, en cierta medida, la PDCDig. se pueda presentar como una modesta secuela de la Propuesta de Reglamento CESL²² aunque ni esa caracterización ni considerar a la Propuesta de Directiva como sucesora del CESL, a la luz del proceso descrito, hacen justicia a ninguno de los dos referidos textos.

¹⁶ Más detalles sobre este proceso en CÁMARA LAPUENTE (2014, p. 89 y ss.), con otras referencias a la influencia del estudio en las reglas europeas).

¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO (2014), *Legislative Resolution of 26 February 2014 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, P7TA-PROV(2014)0158, ref. A7-0460/2013, Luxembourg, 26 febrero 2014, p. 89 y ss.

¹⁸ Las distinciones en sede de conformidad entre contratos a cambio de pago de precio, de otra contraprestación no dineraria y de ningún tipo de contraprestación se produjeron en esencia mediante las enmiendas números 62, 183 y 193, respectivamente a los arts. 5.1.b, 100 g y 107 CESL, Anexo I, además de otras (enmiendas 193, 235 y 236 a los arts. 173 y 174). Sobre ello, *infra*, notas 72 y 74.

¹⁹ *Vid.* enmienda 8 al considerando 17º del CESL y enmienda 10 al considerando 18º del CESL, incorporándolo así a la Propuesta de Reglamento vía considerandos, ya que el *cloud computing* no se mencionaba expresamente en la definición del art 2(1)(j) CESL (como en cambio sí se hacía en la propuesta de UNIVERSITY OF AMSTERDAM *et al.* [2011], apartado 2.e del artículo IV.A-1:103).

²⁰ Una explicación de algunas de ellas (competenciales, problemas por la ambición de su extenso contenido, etc.) puede verse en MANKO (2015, pp. 13-19).

²¹ COMISIÓN EUROPEA (2014), *Programa de trabajo de la Comisión para 2015. Un nuevo comienzo (Anexo II). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Estrasburgo, 16 diciembre 2014, COM(2014) 910 final, p. 14: en la “lista de retiradas o modificaciones de propuestas pendientes”, con el nº 60 se alude a la modificación del CESL con el siguiente objetivo: “Propuesta modificada para liberar plenamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital”.

²² De forma gráfica titulan SCHMIDT-KESSEL *et al.* (2016a, p. 2) el primer apartado de su estudio sobre las dos Propuestas de Directivas, “*Nachfolge GERK – zwei Gegenstände*”. En el próximo congreso de SECOLA (*European Contract Law in the Digital Age*, Tartu, 18-19.6.2016), la alocución prevista del vice-presidente de la Comisión Europea Andrus ANSIP, lleva por título “*A Digital CESL I: Survey on new projects*”. Y, sin prejuzgar la evolución y resultados, elocuentemente el *European Law Institute* (ELI) ha rebautizado su proyecto de análisis del CESL como “*From CESL to the Digital Single Market*” (*vid.*, con diversos materiales sobre el análisis del CESL y las nuevas propuestas de Directivas en <http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects-contd/article/from-cesl-to-the-digital-single-market/?txtnews%5BbackPid%5D=179508&cHash=aed88989ae36d0dd3a318771a501d17e>, fecha de consulta 28.4.2016).

Como se ve, en definitiva, los artículos de la PDCCDig. comenzaron a fraguarse antes de la flamante *Digital Single Market Strategy* lanzada en mayo de 2015 y eso explica que sólo medio año después se hayan presentado las nuevas reglas propuestas para estos contratos. De hecho, en la presentación de la “*Agenda Digital para Europa*” en mayo de 2010, ya la Comisión Europea expresó públicamente su interés por mejorar los derechos de los consumidores en la adquisición de productos digitales en el contexto de la elaboración de un Derecho contractual europeo²³; como demuestran acciones posteriores, como los referidos estudios comisionados, reuniones, constitución de grupos de expertos (el más notable en este ámbito, sobre *cloud computing*)²⁴, etc., el borrador normativo presentado en diciembre de 2015 es un producto maduro y meditado que merece un estudio detenido para mejorar diversas cuestiones de delicada y cambiante política legislativa a la luz de los avances tecnológicos; el trasfondo y contraste con la Directiva 1999/44/, con la Directiva 2011/83, con las transposiciones nacionales de ambas, con la propuesta de Reglamento CESL y con otros materiales que los nutren y rodean son útiles para evaluar la oportunidad e idoneidad de las nuevas reglas propuestas.

c. El contenido de la PDCCDig. en contexto

La PDCCDig. cuenta con 24 artículos –por otros 22 de su homóloga y paralela PDCLBienes– en los que, según su artículo 1 se aborda “la conformidad de los contenidos digitales con el contrato, los recursos (*remedies*) en caso de falta de conformidad y las modalidades para el ejercicio de dichos recursos, y sobre la modificación y resolución de dichos contratos” de suministro de contenidos digitales a los consumidores. Merece la pena destacar cuatro características especialmente relevantes del diseño general de las normas propuestas:

- Se trata de normas “*tecnológicamente neutras y que resistan el paso del tiempo*” (*future-proof*)²⁵.
- Se adopta el enfoque de la *armonización plena o de máximos*²⁶, cuya exacta delimitación es crucial clarificar (*vid. infra*, señeramente, en el peligroso alcance del art. 14 relativo a la indemnización por daños y perjuicios); no obstante, existen en la propia PDCCDig. algunas

²³ COMISIÓN EUROPEA (2010), *Una agenda digital para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM(2010)245 final, Bruselas, 19 mayo 2010, pp. 14-15.

²⁴ Un recuento de la composición, reuniones y materiales del *Expert Group on Cloud Computing Contracts* establecido por la Comisión Europea y operativo desde junio de 2013 a diciembre de 2014 puede encontrarse en http://ec.europa.eu/justice/contract/cloud-computing/expert-group/index_en.htm, fecha de consulta 25.5.2016).

²⁵ COMISIÓN EUROPEA (2015b, p. 5); cfr. la Exposición de motivos de la PDCCDig, pp. 7 y 13 y el considerando 11º en relación con la noción “a prueba de futuro” de la definición de contenidos digitales.

²⁶ Art. 4 PDCCDig.; *vid.* justificación del enfoque en los considerandos 6 y 7 y delimitación de lo que una tal armonización prohíbe y permite en los considerandos 9 y 10.

(mínimas) ventanas a la posibilidad de los Estados miembros de regular y elevar el nivel de protección de la Directiva²⁷.

- Sin embargo, *no se proponen reglas omnicomprendivas sobre todos los aspectos del contrato de suministro de contenidos digitales* –como tendencialmente hubiera tenido el CESL al regular toda la dinámica del contrato de compraventa (“y servicios asociados”) en el que se incluían, como un objeto más del contrato, los contenidos digitales–, sino sólo una serie de reglas imperativas (art. 19) centradas en los problemas más destacados con los que se enfrentan los consumidores en esta relación jurídica: se opta, en definitiva, por una armonización plena selectiva (*targeted full harmonisation*)²⁸.
- Estas reglas *se basan en las ya diseñadas sobre la conformidad de los bienes con el contrato de compraventa*, de manera que sólo se modulan para cubrir los rasgos genuinos de los contenidos digitales –y de ahí la (discutible)²⁹ decisión de presentar coetáneamente dos propuestas distintas, PDCDig. y PDCLBienes, cuyo debate conjunto se quiere estimular³⁰.

Finalmente, el ineludible contraste entre todos los textos normativos o prelegislativos citados, sin entrar en detalles sobre el contenido de la Directiva 2011/83³¹, la PDCLBienes³² o el CESL³³, hace pertinente añadir y destacar estos *rasgos propios de la PDCDig. en cuanto al ámbito de aplicación*³⁴, por comparación con políticas legislativas previas y dispares:

²⁷ Vid. arts. 3.9 (consecuencias de la resolución), 14.2 (sobre indemnización por daños) y 17 (personas contra las que ejercer el derecho de repetición, acciones y requisitos de su ejercicio)

²⁸ Vid. su defensa en COMISIÓN EUROPEA (2015b, p. 7); ID. (2015c, *Impact Assessment*, pp. 52-53), donde se confiesa que han “aprendido la lección” (“*learning from the past*”), tanto del fracaso parcial que supuso reducir el contenido de la ambiciosa Propuesta de Directiva de derechos de los consumidores (COM(2008) 614 final, Bruselas, 8.10.2008, de armonización plena para cuatro directivas refundidas en el texto de lo que acabaría siendo la Directiva 2011/83, que refunde dos), como del abandono del CESL, tanto en su vertiente de instrumento opcional como de conjunto completo de reglas que abordaban prácticamente todos los problemas de la vida del contrato.

²⁹ La decisión, podría obedecer más a causas políticas (o pragmáticas, según se vea) que a causas técnicas, pues bien podría haberse presentado una sola propuesta de Directiva, con las debidas adaptaciones para los contenidos digitales, dado el neto paralelismo de ambas.

³⁰ Según la COMISIÓN EUROPEA (2015b, p. 9), el diseño paralelo al régimen de la compraventa de bienes es la razón de “la importancia de que, en la medida de lo posible, se debata sobre los dos conjuntos de normas simultáneamente durante el proceso interinstitucional”.

³¹ Sobre ella y su transposición en España me remito a CÁMARA LAPUENTE (2014) *ibidem*; en versión abreviada y actualizada, *vid.* CÁMARA LAPUENTE (2016, pp. 211-269).

³² Vid. la contribución de Esther ARROYO AMAYUELAS analizando la PDCLBienes en este mismo número de *InDret* 3/2016.

³³ Por todos, SCHULZE (ed.) (2012); DANNEMANN/VOGENAUER (eds.) (2013); SCHMIDT-KESSEL (ed.) (2014); VAQUER/BOSCH/SÁNCHEZ (eds.) (2015).

³⁴ Vid. BEALE (2016, pp. 11-12).

- Se aplicará tanto a *contratos transfronterizos* como puramente *nacionales* (el CESL comprendía sólo los primeros).
- El contrato de suministro de contenidos digitales contemplado *incluye también los servicios digitales* con suma amplitud (en tanto que el CESL sólo abordaba la compraventa y únicamente algunos servicios asociados; en línea, en alguna medida, con la Directiva 2011/83, no se prejuzga la naturaleza jurídica de cada contrato).
- *No se circunscribe sólo al contrato de suministro celebrado en línea, sino que también abarca los contratos presenciales*, cabe entender, dentro o fuera de establecimiento comercial (a diferencia de la PDCLBienes, que se aplicaría a las compraventas a distancia y dejaría subsistente para las compras presenciales las garantías de la Directiva 99/44)³⁵, siempre que el objeto de la prestación sea el suministro de contenido digital.
- También es *irrelevante si el contenido digital se transfiere en un soporte material (CD, DVD, etc.) o no* (descarga en línea, *streaming*, etc.). De esta forma la propuesta se desmarca³⁶ de las distinciones que sí hace al respecto la Directiva 2011/83, urgidas en esencia por el derecho de desistimiento que ésta contempla y que no se aborda en la PDCDig.; y atrae asimismo a su ámbito de aplicación lo que, de no haber previsión expresa como la del art. 3.3 PDCDig., correspondería a la Propuesta de Directiva de compraventa en línea de bienes, pues legalmente el soporte duradero en el que se transmiten los contenidos digitales merece la calificación legal de “bien” -pero si se utiliza “exclusivamente como transmisor de contenidos digitales”, su régimen legal³⁷ está en la PDCDig. y no en la PDCLBienes-.

En el presente estudio se obviará el análisis del ámbito de aplicación de la la PDCDig. y de las cuestiones generales que ésta suscita (cfr. arts. 1 a 5)³⁸, así como de los artículos 15 y 16, que

³⁵ Constituyendo esta nueva dicotomía un otro frente de discusión sobre la oportunidad de acometer sólo un régimen mejorado de garantías para las compraventas de bienes cuando éstas se celebren a distancia (PDCLBienes) y manteniendo (por ahora) el régimen antiguo de la Directiva 99/44, menos beneficioso para el consumidor, para las compraventas presenciales de bienes.

³⁶ Cerrando así un debate especialmente enconado durante la tramitación de la Directiva 2011/83 (*vid.* referencias en CÁMARA LAPUENTE, 2014, p. 93 y ss.). Refrendan la decisión de evitar reglas distintas entre el comercio *on line* y *off-line* de contenidos digitales tanto PARLAMENTO EUROPEO (2016, §§ 14, 16 y 17, p. 10), como la COMISIÓN EUROPEA (2015b, pp. 9-10). *Vid.* el cdo. 12 PDCDig.: para “evitar la fragmentación de los diferentes canales de distribución”.

³⁷ A excepción de lo contemplado en los arts. 5 (suministro -inmediato- de contenidos digitales) y 11 (subsanción del incumplimiento del suministro).

³⁸ Estas cuestiones se abordan en la ponencia del prof. Gerald SPINDLER disponible en este mismo número de InDret 3/2016, a donde se remite al lector.

contemplan derechos específicos sólo parcialmente ligados con la falta de conformidad³⁹, para centrar el análisis en el régimen de conformidad (arts. 6 a 9 PDCDig.) y en el saneamiento, responsabilidad o remedios por falta de conformidad (arts. 10 a 14 PDCDig.). No obstante y por dejar fijados algunos conceptos legales e interpretaciones personales sobre la Propuesta de Directiva en su conjunto que inciden en la conformidad y los remedios, parece imprescindible hacer las siguientes consideraciones previas.

1.2. Breves observaciones sobre cuatro cuestiones preliminares

a. La definición de los “contenidos digitales”

La PDCDig. adopta una noción legal de “contenido digital” mucho más amplia que la recogida en la Directiva 2011/83 (art. 2.11 y considerando 19) y en el CESL [art. 2(1)(j)]⁴⁰. El art. 2.1 PDCDig. parte de una primera noción común a los tres textos, esto es, los “datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de *software*” para agregar explícitamente dos tipos de *servicios*. Así, mientras la calificación del contenido digital como *datos* parece apelar a los producidos y suministrados por un “proveedor” profesional (art. 2.2 y cfr. art. 5) a un consumidor (art. 2.4), mediante cualquier forma de suministro o medio de transmisión⁴¹ –sea con o sin soporte material, como se explicó–, los dos *servicios* incluidos en la definición permiten incluir sin ambages también como contenido digital los “contenidos generados o producidos por los usuarios”⁴² en los que el papel del proveedor o suministrador puede ser muy distinto: coadyuvar (o no) a la generación de los datos del usuario mediante contenidos digitales del propio proveedor (aplicaciones, plataformas, etc.), circunscribirse a almacenarlos y ponerlos a disposición del usuario y, en su caso, de terceros, o bien permitir incluso a terceros interactuar con los datos facilitados por los usuarios y no sólo acceder a ellos. En definitiva, cuando el art. 2.1.b) PDCDig. se refiere al “servicio que permite la

³⁹ En concreto, el art. 15 PDCDig. versa sobre las consecuencias de la modificación de los contenidos digitales por el suministrador durante el período acordado y art. 16 PDCDig. sobre el derecho a denunciar los contratos de suministro de contenidos digitales concertados por tiempo indefinido o con un plazo superior a doce meses.

⁴⁰ Sobre la delimitación de ambas definiciones, sus exclusiones y su contraste, también con la definición propuesta por el estudio de UNIVERSITY OF AMSTERDAM *et al.* (2011), *vid.* CÁMARA LAPUENTE (2014, pp. 112-114). Para una crítica y propuesta alternativa CASTILLO PARRILLA (2016).

⁴¹ Según el considerando 11º de la PDCDig., “si bien existen numerosas formas de suministrar contenidos digitales, como la transmisión en un soporte duradero, 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 a todos los contenidos digitales con independencia del soporte utilizado para su transmisión. No se recomienda establecer diferencias entre las distintas categorías de este mercado tan cambiante tecnológicamente, ya que resultaría muy difícil evitar las discriminaciones entre los proveedores”.

⁴² Los ejemplifica así el considerando 15º de la PDCDig.: “imágenes digitales, archivos de vídeo y audio, blogs, foros de discusión [*chats*], formatos de colaboración basados en texto, publicaciones [*posts*], chats, tuits, registros [*logs*], *podcasting*, contenido creado en dispositivos móviles, contenido creado en el contexto de entornos virtuales en línea, calificaciones y colecciones de enlaces relativos al contenido en línea”; y concluye que “deben tratarse sobre la misma base que cualquier otro contenido digital que el consumidor facilite o almacene durante el periodo de duración del contrato” (énfasis y términos en inglés añadidos).

creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor” está claramente incluyendo los *cloud services* o servicios⁴³ de almacenamiento en la nube, mediante los cuales los usuarios cargan (*upload*) los contenidos que han creado ellos mismos, como documentos, fotos o vídeos; en tanto que cuando el art. 2.1.c) alude al “servicio que permite *compartir* y cualquier otro tipo de *interacción* con datos en formato digital *facilitados por otros usuarios del servicio*”, son las prestaciones de las plataformas y redes sociales el principal objeto contemplado, convirtiendo así ese “servicio” en un contrato de *suministro* de contenidos digitales a los efectos de la Directiva⁴⁴.

La inclusión como “contenido digital” tanto de *datos* producidos y suministrados por un proveedor como de *servicios* que aglutinan contratos de *cloud computing* y de acceso a redes sociales supone, sin duda, una decisión de política legislativa ambiciosa que, en principio, debe ser aplaudida, siempre que: *a)* se hagan los debidos ajustes diferenciales en las formas de saneamiento en caso de falta de conformidad con el contrato de suministro en función de si hubo una entrega/acceso a los datos, los datos los generó el consumidor o se prestaron otro tipo de servicios de los que deriva esa falta de conformidad y *b)* se tenga un cuidado extremo en la interacción de los remedios contractuales de esta Directiva con los derechos consagrados en otras normas europeas (muy significativamente, las relativas a propiedad intelectual y a protección de datos).

Cuestión distinta es el tratamiento de algunos *supuestos limítrofes* para los que ni a día de hoy ni en el futuro más próximo parece tan sencilla la delimitación. Así como la aplicación de la Directiva a soportes duraderos usados *exclusivamente* como transmisores de contenidos digitales (art. 3.3 PDCDig.) parece clara y acertada, la tajante exclusión del denominado “*internet de las cosas*” (*Internet of Things*) merece reproche, pues en algunos casos no estará claro si está comprendido en la noción de “contenidos digitales insertados (*embedded*) en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y no como un accesorio de las funciones principales de los bienes” explicitada en el considerando 11º PDCDig.⁴⁵ (v. gr., piénsese en las dudas de calificación que plantean ciertos programas informáticos en coches cada vez más inteligentes según las funciones que administren; programas para controlar telemáticamente funciones no principales –refrigerar– de los frigoríficos, como por ejemplo constatar la ausencia o presencia de alimentos de cara a su compra; determinadas funciones de los *smart TVs* o los relojes de pulsera inteligentes, etc.) y en otros no se acaba de entender por qué merecería un régimen distinto (que, *a priori*, ahora mismo, iría por las reglas de conformidad de la

⁴³ ¿Contratos de *obra*, más precisamente, en nuestro sistema? Con todas las cautelas y precisiones que merece la respuesta en función de la prestación acordada en el contrato, prestación tan cambiante y dispar según el tipo de contrato, véanse las conclusiones diferentes según sistemas jurídicos ofrecidas en DLA PIPER UK LLP (2015, p. 26 y ss.).

⁴⁴ El art. 2.1.c) despeja cualquier duda sobre la inclusión de las redes sociales, pese a las remisiones que hace la excepción del art. 3.5 PDCDig. (la PDCDig. no se aplica “servicios de comunicación electrónica, tal como se definen en la Directiva 2002/21/CE”, en cuyo art. 2.c precisamente se excluyen de ese concepto “los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos”, como puede ser el caso de *Facebook* o *Instagram*).

⁴⁵ A los que el propio considerando 11º subraya que “la presente Directiva no se aplica”.

compraventa de bienes, y no de contenidos digitales, con los consiguientes problemas de imputación de responsabilidad al “vendedor” del bien por faltas de conformidad que se deben al “suministrador” del contenido digital en estos casos excluidos de la PDCDig.)⁴⁶. También debe reconocerse que este tipo de bienes con contenidos digitales integrados cuenta con rasgos distintivos por las varias relaciones jurídicas potencialmente implicadas y por la relación con lo que sean los usos principales del bien, que explican el deseo de la Comisión de regularlos autónomamente en el futuro⁴⁷.

b. La naturaleza jurídica del “contrato de suministro”

El art. 2.10 PDCDig. define el “suministro” como el hecho de “facilitar el acceso” o “poner a disposición” los contenidos digitales. De esta forma, la propuesta de Directiva crea una categoría contractual genérica para evitar entrar en distinciones sobre tipos contractuales distintos en función de si el contenido digital se “entrega” (descarga, transmisión en soporte material), se “pone a disposición” (con o sin autonomía *off-line* del usuario) o se “facilita el acceso”; de acuerdo con las categorías contractuales al uso en los Estados miembros, en función de la forma de procurar la prestación, el contrato podría ser calificado fundamentalmente como compraventa, como servicio o como arrendamiento⁴⁸ (además de otros contratos como, en su caso, el comodato, la permuta cuando la contraprestación sean datos, el contrato de obra para contenidos que sigan las especificaciones del consumidor⁴⁹ y otros, etc.). Sigue así la PDCDig. en cierta forma el enfoque ya empleado por la Directiva 2011/83 al no prejuzgar la naturaleza jurídica última del “contrato de suministro”, con una diferencia: esta última Directiva (considerando 19^o) expresamente prohibía a sus efectos calificar “los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material” ni como “contratos de venta ni como contratos de servicios”⁵⁰. La PDCDig. no contiene un veto similar; con un *enfoque funcional*⁵¹

⁴⁶ Especialmente críticas con la exclusión se muestran Vanessa MAK (2016, pp. 8-9), que trata de reconducir algunos supuestos –como los medidores “inteligentes” de energía domésticos o ciertos dispositivos de pulsera conectados a Internet como Fitbit–, que recogen datos del consumidor, al ámbito de aplicación de la Directiva; y también WENDEHORST (2016), que de forma constructiva y muy bien argumentada, sugiere incluir el “internet de las cosas” en esta Directiva y propone las reglas *ad hoc* que habría que añadirle. Sobre la relación entre la normativa de protección de datos y el régimen de derechos del consumidor –secundado además por el régimen de las prácticas comerciales desleales–, *vid.* HELBERGER (2016).

⁴⁷ Según el considerando 17^o de la PDCDig., “conviene abordar cuestiones específicas de responsabilidad relacionadas con la ‘internet de las cosas’, incluida la responsabilidad por los contratos de datos y de máquina a máquina de forma separada”.

⁴⁸ Alude a los tres tipos, *v. gr.*, COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 9).

⁴⁹ Cfr. art. 3.2 PDCDig.

⁵⁰ Sobre las razones y consecuencias de esa declaración y la inexactitud de la afirmación inversa (que los contratos sobre contenidos digitales con soporte material deban ser en todo caso compraventa), véase CÁMARA LAPUENTE (2014, pp. 93-95).

⁵¹ Enfoque que para algunos supondrá una vulgarización jurídica más, proveniente del entorno europeo, pero que goza de la virtud de resolver concretos problemas de los consumidores sin perderse en dogmatismos ni categorizaciones, ni poner en riesgo los fines armonizadores ante las disparidades tipológicas nacionales.

probablemente acertado en el actual estadio legislativo y tecnológico, la PDCDig. explicita una serie de derechos y obligaciones aparejados a este contrato de suministro, con independencia de que su calificación legal última pueda conllevar la aplicación de otras normas nacionales y sin prejuzgar la forma en que los Estados miembros hayan de transponer la categoría (como autónoma, o dentro del régimen de la compraventa o de los servicios, entre otras posibilidades). Por eso existen voces que sugieren que la futura Directiva podría imponer la transposición del contrato de suministro de contenidos digitales como un cuerpo de reglas separado y *sui generis*⁵², como expresamente hizo con el régimen de los contenidos digitales la *UK Consumer Rights Act 2015*. Dejando a un lado la fórmula de transposición y siempre que se reconozcan al consumidor todos los derechos de la PDCDig. con independencia de la forma de suministro, lo cierto es que *la calificación ulterior de cada contrato como compraventa, servicios, arrendamiento mobiliario u otros determinará la aplicación de reglas adicionales (que no podrán minar el régimen protector de la Directiva de máximos)*. De ahí que el debate sobre la conveniencia o no de distinguir tipos o subtipos de contratos de suministro de contenidos digitales (a efectos distintos de la Directiva) seguirá vivo en las transposiciones nacionales y aún está vigente en el propio contexto europeo a la luz de las discusiones y declaraciones recientes en sede del Parlamento Europeo⁵³.

c. La relación de esta Propuesta de Directiva con otras normas de la Unión Europea

La previsión del art. 3.7 PDCDig., que *relega la futura Directiva a un papel subsidiario en caso de conflicto con cualquier otra norma europea*, reviste gran importancia y muestra las cautelas a que obliga la regulación de un terreno escasamente explorado y cambiante. Según ese precepto, “en caso de conflicto de cualquiera de las disposiciones de la presente Directiva con una disposición de otra ley (*sic*) de la Unión que regule un sector u objeto específicos, la disposición de la otra ley (*sic*) de la Unión prevalecerá sobre la presente Directiva”. Soslayando ahora la *deficiente traducción al castellano de éste y otros preceptos de la PDCDig.*⁵⁴, es palmaria la interacción de esta Propuesta de Directiva con otras normas de la Unión Europea. Destacaremos tres:

⁵² MAK (2016, pp. 12-13 y 28).

⁵³ PARLAMENTO EUROPEO (2016), *Resolución de 19 de enero de 2016 sobre la iniciativa «Hacia un Acta del Mercado Único Digital» (2015/2147(INI))* (P8TA-PROV(2016)0009, ed. provisional), § 14, algo crípticamente, “destaca que la clasificación vigente de todo contenido digital como servicio puede generar preocupación ya que podría no cumplir las expectativas de los consumidores toda vez que los abonos a los servicios de *streaming* no se distinguen de las compras de contenidos descargables”. La cuestión sigue aflorando en los debates en el seno de las comisiones implicadas en la tramitación de la Directiva en el Parlamento (cfr. los pasos del proceso legislativo en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52015PC0634&qid=1464629930911>).

⁵⁴ No parece que en castellano el término “ley” sea el más correcto para traducir “*Union act*” (“acto” o “norma”, o “acto normativo”, en su caso; así, “*atto*”, “*acte*” o “*Unionsrechtsakt*” en las versiones oficiales italiana, francesa o alemana y no *legge*, *loi* o *Gesetz*), a la luz de las fuentes del Derecho derivado de la UE. Tampoco “*rule*” merece la traducción de “ley” de la UE (como, *v.gr.* hace el cdo. 37 PDCDig.) Pero peores aún son otros deslices de la traducción oficial de la PDCDig.: como “vendedor” en los arts. 2.11, 6.1.b) y 19 para “*supplier*”, que es definido y traducido en el art. 2.3 (y en el resto de la PDCDig.) como “proveedor”; o como “sustitución” para “*termination*” (resolución) en el art. 13.4; o “datos digitales” y “contenidos digitales” en el mismo apartado cuando en ambos casos se trata de “digital content” (art. 13.2.d-e); el seguidismo en cambio de “*termination*” (resolución) en el art.

- En primer lugar, la *Directiva 2011/83 de los derechos de los consumidores*. Pese al ámbito de aplicación algo más estrecho de ésta (definición de contenidos digitales) y las dudas que suscita si están incluidos en ella los contratos gratuitos (como cabe defender pese a la ambigüedad)⁵⁵, en el campo en que coinciden ambas normas es evidente la prevalencia de la primera. Ahora bien, es sabido que aunque la Directiva 2011/83 impone numerosos deberes precontractuales de información, no establece la correlativa sanción por su incumplimiento⁵⁶; parte de la doctrina que la interpreta sostiene que el incumplimiento de esos deberes informativos puede dar lugar a una falta de conformidad del contenido digital⁵⁷ con el contrato “de compraventa” y lo mismo se puede sostener en el Derecho español vigente (infracción del art. 60 TR-LGDCU en su relación con los arts. 114 y 116 TR-LGDCU)⁵⁸. El advenimiento de la futura Directiva sobre el contrato de suministro de contenidos digitales, antes que cercenar esa interpretación –recuérdese que prevalece la Directiva 2011/83, que nada establece sobre la sanción/remedio–, debidamente implementada, debería reforzar el resultado propuesto siempre dentro de los términos que se derivan del art. 6.2 PDCDig.⁵⁹ y aplicarlo, en su caso, no sólo a los contratos considerados como *compraventa* de contenidos digitales (ámbito del art. 114 y ss. TR-LGDCU) sino también a los de *servicios* de contenidos digitales⁶⁰. En otros aspectos, el engaste entre

16, donde sería técnicamente más correcto decir “denuncia” de los contratos de larga duración; “derecho de recurso” (“*reddress*”), en lugar de “derecho de repetición”; o “cadena de transacciones” en vez de “cadena de distribución”, ambos en el art. 17; así como los discutibles matices que conlleva la traducción en el art. 11 de “*when the supplier has failed so supply*” por “*cuando el proveedor haya incumplido en el suministro*” (pues no cualquier “incumplimiento”, sino sólo la *falta* de suministro o su retraso dará lugar a la resolución: en este sentido *vid. infra*, apartado 3.1, la referencia la versión de este inciso en otros idiomas).

⁵⁵ Así, CÁMARA LAPUENTE (2014, pp. 102-105); en este sentido, con matices discutibles, EUROPEAN COMMISSION (2014), *DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU*, Brussels, 20 junio 2014 (disponible en <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crdguidanceen.pdf>; fecha de consulta y documento que se cita: 23 junio 2014, idéntico a 2.5.2016), p. 64, apartado 12.1. En cambio, en la PDCDig., en principio los contratos absolutamente gratuitos (sin contraprestación no dineraria de ninguna especie, incluidos datos, *vid. infra*) y algunos otros contratos en que no se aportan “activamente” datos en contraprestación estarían excluidos *ex art. 3.1 PDCDig. (vid. infra)*.

⁵⁶ Vuelve a denunciar la consabida carencia BEALE (2016, p. 21).

⁵⁷ Por ejemplo, HELBERGER *et al.* (2013, pp. 47 y 51).

⁵⁸ *Vid.* CÁMARA LAPUENTE (2014, pp. 96, 98, 106, 122, 132 y 140).

⁵⁹ El artículo versa sobre los requisitos “legales” u “objetivos” de conformidad a falta de su establecimiento en el contrato de manera clara y comprensible (calidad, funcionalidad, interoperabilidad, etc., conceptos también existentes en los requisitos de información de la Directiva 2011/83, que contempla asimismo en los arts. 5.1.c y 6.1.e la información sobre el “precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos”, aplicable también a los contenidos digitales sin soporte material *ex arts. 5.2 y 6.2 Directiva 2011/83*). *Vid. infra*, apartado 2.2.b.

⁶⁰ Aunque esto último (*vid.* las referencias normativas de la nota anterior, en las que se incluyen tanto los bienes como los servicios –y los contenidos digitales en el sentido de la Directiva 2011/83– en los requisitos de información precontractual) se apunta con la debida cautela y dudas, pues acaso merezcan una más detenida consideración los respectivos ámbitos de aplicación, el carácter de armonización plena de ambas Directivas y el tenor literal de la Directiva que finalmente se apruebe. Se trata, por tanto, sólo de una primera alerta del tipo de interacciones e incertidumbres que podrían producirse en el futuro en el momento de la transposición.

ambas Directivas parece menos problemático, como ocurre con la prevalencia de las reglas sobre el desistimiento en los contratos de suministro de contenidos digitales en los términos de la Directiva 2011/83 (y del TR-LGDCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014) –sin incidencia en este punto de la indistinción de la PDCDig. entre los suministrados con o sin soporte material, que sí es y seguirá siendo relevante en el ámbito de la Directiva 2011/83– o también con la aplicación de las reglas de ésta última sobre la entrega de los “bienes” comprados, la transmisión del riesgo y las consecuencias de su falta de entrega cuando el contenido digital se transmita mediante soporte duradero⁶¹.

- En segundo lugar, también pueden advertirse algunos solapamientos o incidencias con la *Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas*. De entrada, dado que los parámetros de conformidad con el contrato (art. 6 PDCDig.) en muchas ocasiones versarán sobre la descripción contractual del objeto principal del contrato (cantidad, calidad, duración, versión, funcionalidad, interoperabilidad, usos posibles del contenido digital), por efecto del art. 4.2 de la Directiva 93/13, esas cláusulas sólo podrán someterse al control de incorporación/transparencia (redacción clara y comprensible) pero no al control de fondo sobre su posible carácter abusivo o no. Sin perjuicio de que esta cuestión central así como la posibilidad de incluir el control del carácter abusivo también de cláusulas negociadas estén en revisión por la Comisión Europea dentro del programa REFIT⁶², al menos en lo que se refiere a España, por el momento, *el control de transparencia debe prestar hoy y prestará tras la incorporación de la futura Directiva de contenidos digitales un filtro de especial relevancia pese al papel preponderante que la PDCDig. asigna a lo establecido contractualmente* (parámetros subjetivos de conformidad); pero se tratará, en la mayoría de los casos, de contratos con un contenido no negociado, por lo que seguirán estando dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (incluido su art. 4.2), que es prioritaria. *Desde una perspectiva inversa, sin poder hablar en absoluto de efecto derogatorio, sin embargo, la PDCDig. hará vacuas en el entorno de los contratos de suministro digital algunas previsiones de la Directiva de cláusulas abusivas, pues aquélla dota a sus reglas sobre conformidad y remedios de carácter imperativo* (art. 19); por lo tanto, si el proveedor pretende eludir estas reglas mediante cláusulas predisuestas, no será preciso recurrir al régimen de las cláusulas abusivas, sino que la ineficacia de la estipulación derivará directamente de la infracción de una norma no dispositiva. Así ocurrirá, por ejemplo, con la cláusula que excluya o limite “de forma inadecuada los derechos legales del consumidor (...) en caso de incumplimiento total o parcial o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales” (letra b del Anexo de la Directiva 93/13, y art. 86.1 TR-LGDCU; *vid.* también el art. 86.5 TR-LGDCU sobre los límites a las facultades de resolver del consumidor y el art. 85.11 TR-LGDCU sobre la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato)⁶³. *Sin embargo, dada la aplicación preferente de la Directiva 93/13, muchas otras*

⁶¹ Cfr. la expresa remisión en el considerando 12º PDCDig. y *vid.* su art. 3.3. Sobre ello, *infra*, apartado 3.1 y notas 178 y 179.

⁶² Sobre el Programa “REFIT” (*EU Regulatory Fitness*), *vid.* EUROPEAN COMMISSION (2015), *Communication: Better regulation for better results - An EU agenda*, Strassbourg, 19.5.2015, COM(2015) 215 final. *Vid.*, respecto a la revisión de la Directiva de cláusulas abusivas, COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 9).

⁶³ Sobre el problema próximo de la “contradicción” entre el art. 85b CESL (cláusula abusiva por limitar los derechos del consumidor por incumplimiento contractual) y el art. 108 CESL (remedios imperativos por falta de

cláusulas abusivas según el anexo de la Directiva 93/13 o los arts. 85 a 90 TR-LGDCU serán de suma utilidad para colmar algunas carencias (o provisiones parciales) de la PDCDig., como las relativas a la limitación o exoneración de responsabilidad por muerte o daño físico derivados del contenido digital (v. gr., a causa de mapas digitales incorrectos)⁶⁴, las prórrogas automáticas abusivas (letra h del Anexo), etc. Más problemas de coordinación podrá presentar el enfoque del art. 3.7 de la Directiva en relación con las modificaciones unilaterales de los contenidos digitales por el proveedor (autorizadas con requisitos en el art. 15 PDCDig. vs. letras j-k del Anexo de la Directiva 93/13 y el art. 85.3 TR-LGDCU). Finalmente, dado que la Directiva 93/13 es anterior a los posteriores desarrollos de la economía digital, parece razonable pensar que en la revisión de esa directiva se incorporen cláusulas abusivas específicas de los contratos de suministro de contenidos digitales, o, como proponen algunos con buen criterio, que se incremente el número de reglas imperativas en la PDCDig. que prohíban expresamente lo que serían las cláusulas abusivas más frecuentes en relación con los contratos sobre contenidos digitales⁶⁵.

- En tercer lugar, la normativa europea sobre *protección de datos* y, en particular, el recién aprobado *Reglamento General de Protección de Datos de 27 de abril de 2016* (en adelante, RGPD)⁶⁶. La PDCDig. plantea novedosos derechos en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos digitales por el consumidor, para garantizar que el proveedor se abstendrá de utilizarlos, transferirlos o permitir que un tercero acceda a ellos tras la resolución contractual (art. 13.2); se trata, por tanto, de la solución contractual que ofrece la nueva Directiva para llevar a término la mutua restitución de prestaciones y la restauración del *status quo* precontractual. Pero por encima de este remedio⁶⁷, subsiste y es prioritaria la normativa de protección de datos, aplicable no sólo llegada la extinción del contrato, sino durante la vida de éste bajo ciertos requisitos⁶⁸; y a los conocidos derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, habrá que sumar ahora el derecho al olvido (art. 17 RGPD), el de portabilidad de los datos (art. 20

conformidad), que condujo a que el Parlamento Europeo eliminase mediante la enmienda 166 aquel precepto, y sobre más propuestas de eliminación de otras cláusulas presuntamente abusivas en el CESL por este posible solapamiento, *vid.* GARCÍA RUBIO (2015, p. 172).

⁶⁴ Cfr. el limitado contenido del art. 14 PDCDig.

⁶⁵ Sugiere esto último MANKO (2016, p. 22), que considera “típicas cláusulas abusivas en los contratos sobre contenidos digitales” las que prohíben al consumidor la copia privada, la reventa del contenido digital o las que le requieren transferir sus derechos de autor sobre todos los contenidos subidos a una plataforma social o a la nube.

⁶⁶ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE, L 119, de 4 mayo 2016), que será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

⁶⁷ Y el propio cdo. 37º PDCDig. prevé algún punto de colisión con la aún vigente Directiva 95/46/CE, como cuando el proveedor ha facilitado legalmente a terceros durante la vigencia del contrato de suministro de contenidos digitales.

⁶⁸ Cfr. art. 6.1 RGPD: el tratamiento será lícito si (b) “es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte”, o si (a) “el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos”; pero siempre bajo los conocidos principios de esta norma relativos a transparencia, exactitud, limitación de la finalidad, etc.

LGPD) o el de oposición a la elaboración de perfiles (arts. 21 y 22 RGPD), tan cruciales en el entorno de los contratos sobre contenidos digitales.

d. Los contratos de suministro “gratuitos” y las contraprestaciones no dinerarias

La PDCDig. adopta una decisión valiente y bien enfocada (aunque algo insuficiente), al incluir en su ámbito de aplicación también a los contratos de suministro de contenidos digitales a cambio de “otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos”. De esta manera se equipara de inicio el “precio” (en dinero) y los “datos” (personales o de “otro tipo”) y se establecen las debidas y difíciles adaptaciones para la “devolución” de la contraprestación no dineraria en caso de resolución, así como algunas otras precisiones *ad hoc* en las formas de saneamiento⁶⁹. Sin duda, las instituciones comunitarias han tomado en serio el ingente valor económico y de cambio que tiene la información⁷⁰ (datos), han huido del yugo histórico-dogmático de considerar siempre “gratuito” el contrato –basado en el paradigma de la compraventa– en que no media precio, cuando pueden existir otras contraprestaciones de dar (bienes materiales o inmateriales), hacer o no hacer⁷¹, y han superado el inicial pero incompleto paso que en este sentido dio el CESL –que partía de la calificación del contrato de suministro de contenidos digitales como “compraventa”–, cuando en su versión primigenia *limitaba o eliminaba ciertos derechos* del consumidor por falta de conformidad en caso de que los contratos de suministro no fuesen a cambio de un precio (v. gr., limitando los daños para ese supuesto (daños)⁷², sobre la presuposición de que en tal caso las legítimas expectativas eran menores⁷³;

⁶⁹ Puede verse un ejemplo elocuente –además de los más obvios expresados en el articulado o del remedio limitado a la reducción del *precio ex art. 12.4 PDCDig.*–, en el art. 13.5, que permite la resolución parcial *sólo* en los contratos celebrados cambio de precio por el período en que los contenidos digitales no fueron conformes, porque (cdo. 42) “es imposible distribuir proporcionalmente una contraprestación no dineraria”.

⁷⁰ Sobre ello, *vid.* HOOFNAGLE/WHITTINGTON (2014, pp. 606-670), DE FRANCESCHI/LEHMANN (2015, esp. pp. 51-66); ZECH (2015, pp. 192-197). Ya una explicación y justificación del aserto en el atinado e ilustrativo cdo. 18 de la Propuesta de Reglamento CESL (de manera que, como añadió una de las enmiendas del Parlamento Europeo [2014, p. 89] a ese considerando, “su contraprestación, como es la cesión de datos personales u otras utilidades que tienen valor comercial para el suministrador, se equipara al pago del precio, dado que en esos casos el contenido digital no es realmente suministrado de forma gratuita”).

⁷¹ *V. gr.*: de dar: datos por ejemplo; de hacer: observar publicidad no eludible; de no hacer: no desactivar la geolocalización de determinadas aplicaciones para conseguir datos y perfiles no necesarios para la ejecución del contrato.

⁷² En concreto, según el art. 100 g CESL (siguiendo la recomendación del estudio de la Universidad de Ámsterdam, *vid.* nota siguiente), establecía en su versión primigenia que “a la hora de determinar qué puede esperar el consumidor de los contenidos digitales se deberá tener en cuenta si los contenidos digitales fueron suministrados o no a cambio del pago de un precio” y el art. 107 CESL eliminaba para los contenidos digitales suministrados gratuitamente los remedios de la reparación/sustitución, la suspensión del cumplimiento de las propias obligaciones, la reducción del precio y la resolución del contrato (art. 106.1.a-d CESL) y sólo permitía la reclamación de los daños y perjuicios, limitándola a las pérdidas o daños que hubiese ocasionado en sus propiedades, excepto las ganancias de las que el comprador había sido privado por esos daños.

⁷³ En apoyo de este enfoque, UNIVERSITY OF AMSTERDAM *et al.* (2011, p. 177); con otros matices, LOOS *et al.* (2011, p. 757); también VAQUER ALOY (2011, pp. 35-36, en relación con el DCFR) y SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2015, p. 507); en contra, YANGUAS GÓMEZ (2012, pp. 490-491 y 502), para quien “asociar la ausencia de contraprestación con una

las enmiendas introducidas al CESL por el Parlamento Europeo en 2014 introdujeron la distinción entre contraprestación dineraria, contraprestación no dineraria y ausencia total de contraprestación de cara a la falta de conformidad y sus remedios⁷⁴. En esta línea, *la PDCDig. va más allá de la versión inicial del CESL y garantiza prácticamente los mismos derechos con independencia de si la contraprestación fue dineraria o no, pero sensatamente adapta los remedios a las peculiaridades de la cesión de datos*. En este punto, se revela incluso más proteccionista que la *UK Consumer Rights Act 2015* que, por el momento⁷⁵, sólo contempla los contratos onerosos en su ámbito de protección, en tanto que en los Países Bajos se cubren también los contratos de suministro a cambio de datos. Sin duda este es uno de los puntos más debatidos de la PDCDig., adoptado no sin la oposición de varios Estados miembros y de diversos sectores empresariales⁷⁶.

Ahora bien, *hecho ese análisis positivo de la decisión legislativa, tomada sobre la base certera del valor (tanto en su vertiente crematística como en la derivada de los derechos de la personalidad⁷⁷) de los datos, debe adoptarse una posición muy crítica con la reducción del tipo de contraprestaciones no dinerarias que dan lugar a contratos de suministro amparados por el ámbito de aplicación de la PDCDig.* En efecto, el art. 3.1 establece que la Directiva se aplicará a cualquier contrato por el que el consumidor, a cambio del suministro de contenidos digitales paga un precio o “*facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos*”. El adverbio (*actively*) pone un límite capital que puede conducir incluso a conductas perversas, si

rebaja de las expectativas del adquirente, en lugar de poner el acento en una disminución del, en su caso, *quantum* indemnizatorio, significa ir en contra de nuestro actual régimen civil”; asimismo, firmemente en contra, MAK (2016, pp. 11 y 17-18).

⁷⁴ La enmienda 62 introducida por el PARLAMENTO EUROPEO (2014) transformó la distinción entre contratos sobre contenido digital con o sin precio (art. 5.1.b CESL, Anexo I) en la dicotomía entre, por una parte, contratos a cambio del pago de un precio o a cambio de otra contraprestación y, por otra parte, contratos de suministro de contenido digital sin ningún tipo de contraprestación a cargo del consumidor; la enmienda 185 del PARLAMENTO EUROPEO (2014) incorporó esa distinción al art. 100 g CESL (Anexo I) y la enmienda 193 hizo lo propio con los remedios (art. 107 CESL, Anexo I), en concreto, excluyendo sólo el derecho a la rebaja en el precio para los contratos con una contraprestación no dineraria y eliminando todos los demás (también la indemnización por daños) cuando no mediase absolutamente ninguna contraprestación. El valor de esas contraprestaciones no dinerarias o la gratuidad total se tuvo presente en la enmienda de otros preceptos relativos a los remedios por falta de conformidad de los contenidos digitales (v. gr., enmiendas 235 y 236 al art. 173 o enmiendas 242 y 243 al art. 174).

⁷⁵ Según el art. 33.5 de la *UK Consumer Rights Act 2015*, el Secretario de Estado tiene la potestad de extender por reglamento (*Order*) las reglas a otros contratos de consumo sobre contenidos digitales (cabe sobreentender, en que no medie precio o la contraprestación no sea dineraria) si considera que existe un significativo perjuicio para los consumidores en ese tipo de contratos: “*if the Secretary of State is satisfied that it is appropriate to do so because of significant detriment caused to consumers under contracts of the kind to which the order relates*”.

⁷⁶ Según la COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 46), de los Estados Miembros que respondieron cuatro se opusieron, mientras que el resto se mostraron conformes; las asociaciones de consumidores apoyaron el enfoque mientras que las empresas estaban divididas.

⁷⁷ Y la solución del caso *Schrems vs. Facebook* por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) atestigua el celo con que algunos consumidores pueden tratar de defender el uso que de sus datos hacen las plataformas digitales: *vid.* STJUE de 5 de octubre de 2015, *Maximillian Schrems vs. Data Protection Commissioner*, asunto C-362/14 (ECLI:EU:2015:650).

el proveedor pretende escapar del nivel de protección de la Directiva⁷⁸ –recabando esos datos de forma encubierta, jurídica o tecnológicamente hablando, con opciones por defecto en las condiciones de uso⁷⁹ o instalación de *cookies* o archivos que se ejecutan y envían datos sin conducta activa del usuario–. De hecho, *el elenco de exclusiones que los considerandos de la PDCDig.*

⁷⁸ Alerta BEALE (2016, pp. 13-14) de la posibilidad de algún incentivo indeseado en relación con los terceros (no proveedores) que conceden la licencia al usuario final, que pueden evitar recabar información activa proveniente del consumidor para eludir la Directiva; aunque, por otra parte, se contendrán precisamente en pedir información que no sea estrictamente necesaria para la ejecución del uso aparejado a la licencia.

⁷⁹ Resulta dudoso si el art. 22 de la Directiva 2011/83 (= art. 60bis TR-LGDCU) es aplicable a este supuesto, ya que se refiere al consentimiento expreso y la prohibición de “deducirlo utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional”, precisamente sólo “para todo *pago adicional a la remuneración acordada* para la obligación principal del comerciante/empresario”. En el contexto de la PDCDig. la contraprestación no dineraria no sería un pago adicional, sino precisamente la “remuneración acordada”. La sanción del “reembolso de dicho pago” también presentaría dificultades (cfr. art. 13.2 PDCDig.). Ahora bien, *en el “acuerdo” remuneratorio, cuando la contraprestación sean datos, es donde la PDCDig. no establece especiales deberes de información precontractual acerca de lo que cede “activamente” el consumidor. Parece entonces preciso acudir a la sede natural en que legalmente se establecen esos deberes, que es la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores (arts. 5 y 6) –y los arts. 60 y 97 TR-LGDCU–; ahí ya se tuvieron en cuenta por primera vez las peculiaridades de los contratos sobre contenidos digitales, pero en un momento en que aún era más debatido e incierto que hoy la inclusión de los contratos gratuitos y de los celebrados mediante contraprestaciones no dinerarias. Pues bien, nuevamente dudosa resultaría la aplicación del deber de facilitar el empresario la información sobre “el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos” (arts. 5.1.c y 6.1.e Directiva 2011/83 y arts. 60.2.c y 97.1.e TR-LGDCU) a la contraprestación no dineraria que contempla la PDCDig.; la Directiva 2011/83 no incluye entre sus definiciones el “precio”, aunque parece obvio al definir la compraventa que está pensando en “dinero”; la PDCDig. sí define “precio” en este sentido (art. 2.6). Por lo tanto, una interpretación estricta de la Directiva 2011/83 y su norma de transposición contendría una laguna en los deberes informativos sobre la contraprestación no dineraria del consumidor (que a priori tampoco se salvaría con las previsiones relativas a los pagos adicionales); este resultado parece intolerable, por lo que si, como cabe defender (*supra*) en el ámbito de la Directiva 2011/83 y del TR-LGDCU están incluidos también los contratos gratuitos sobre contenidos digitales, a *maiore* lo están aquellos que contemplan una contraprestación no dineraria, por lo que los deberes de información precontractual contemplados en esas normas relativos al “precio total” deben entenderse extensibles también a la “contraprestación” total del consumidor, sea esta cual sea. Esta interpretación se hará especialmente necesaria cuando la PDCDig. se apruebe y transponga: *dada la importancia que tiene para que nazcan los derechos del consumidor por falta de conformidad que el consumidor facilite “activamente” la contraprestación no dineraria en forma de datos, es de todo punto necesario que la normativa de consumo relativa al consentimiento contractual contemple de forma expresa la obligación del empresario de informar al consumidor de la exacta extensión de la contraprestación no dineraria que le corresponde.* Si el legislador de la UE no aclara este punto en relación con la Directiva 2011/83 al hilo de la tramitación de la PDCDig., el legislador español tendría margen de maniobra para ello en relación el art. 60 TR-LGDCU (no afectado por la armonización de máximos *ex* art. 5.4 Directiva 2011/83) y más dudosamente en el ámbito más genuino (pero no único) de celebración de contratos sobre contenidos digitales, los contratos a distancia, cuyos requisitos se contemplan en el art. 97 TR-LGDCU (cfr. la armonización máxima y sus matices en este punto en los arts. 4 y 6.8 de la Directiva 2011/83). Acaso otra vía más sencilla para entender que la falta de información sobre estos aspectos de la contraprestación no dineraria aboca a una falta de conformidad pudiera ser acudir al art. 6.2 PDCDig. (según el cual, al no establecer el contrato claramente la funcionalidad del contenido digital, éste será apto para los fines a que ordinariamente se destinen los del mismo tipo; y la funcionalidad, no definida ni en la Directiva 2011/83 ni en la PDCDig., comprende también qué información puede recibir el suministrador del uso que hace el consumidor del contenido digital –*vid.* nota siguiente–; pero no parece cubrir el caso de los datos cedidos en el momento de contratar, antes de recibir el contenido digital, por lo que esa solución no parece solucionar plenamente el problema).*

ampara, bien por el tipo de contraprestación, bien por la forma de suministrarla (*cookies*), *es tan amplio que deja bastante en entredicho número de contratos concertados sin mediar precio cubiertos por la nueva protección de la Directiva*. En efecto, el considerando 14º aclara que “la presente Directiva debe aplicarse solo a los contratos en los que el proveedor solicita y el consumidor facilita datos de forma activa, como el nombre y la dirección de correo electrónico o fotos, directamente al proveedor, por ejemplo mediante el registro individual o sobre la base de un contrato que permite el acceso a las fotos del consumidor”. Pero añade que la Directiva no debe aplicarse: a) ni a situaciones en las que el proveedor recaba “*datos necesarios*”⁸⁰ para que los contenidos digitales funcionen de conformidad con el contrato (v. gr., localización geográfica necesaria para que la aplicación funcione) o para cumplir requisitos legales de seguridad, identificación, etc. (*vid.* art. 3.4 PDCDig.); b) ni a la recolección de información y datos personales como la dirección IP “u otra información generada automáticamente como *información recogida y transmitida por una cookie*, sin que el consumidor la facilite activamente, aunque el consumidor acepte la *cookie*”; ni c) cuando el consumidor se expone a *recibir publicidad* con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales.

Quedan, por tanto, algunas *zonas de sombra* en la delimitación, como los datos de localización geográfica no necesarios para el funcionamiento del contenido digital (un juego o el acceso a una aplicación de noticias, por ejemplo, en que sea irrelevante la ubicación del usuario), pero que sean recabados sin suministro activo por el consumidor, que no aceptó expresa y conscientemente permitir ese rastreo⁸¹; o también la posible presuposición de la PDCDig. de que la contraprestación en datos se haya de realizar en el momento de *celebración* del contrato (pago en datos), sin contemplar los datos que se facilitan durante la *ejecución* del contrato, durante el uso de los contenidos digitales⁸².

Pero aparte de estos supuestos dudosos y de lo justificada que sí puede estar la exclusión de la Directiva de los contratos gratuitos en los que los únicos datos colacionados son los necesarios para el funcionamiento del contenido o por cumplir requisitos legales (art. 3.4 PDCDig.) –

⁸⁰ En el tenor del cdo. 14º PDCDig.; “*datos personales cuyo tratamiento sea estrictamente necesario para la ejecución del contrato o para cumplir requisitos legales*”, según el tenor del art. 3.4 PDCDig.

⁸¹ *Vid.* el cdo. 19 de la Directiva 2011/83 que incluye dentro del concepto de “funcionalidad” sobre cuyo contenido debe informar el empresario “*las posibles maneras de utilizar el contenido digital, por ejemplo para el seguimiento del comportamiento de los consumidores*”. Por lo tanto, y en complemento y justicia a lo expuesto en la nota anterior, dicha Directiva contempla al menos un extremo (el *tracking*, que puede derivarse también de la localización geográfica) que comporta facilitar datos al suministrador del que éste debe informar antes de que se celebre el contrato. En la interpretación que se viene defendiendo en este ensayo, a falta de consecuencias legales expresas de la infracción de este deber informativo sobre la funcionalidad en la Directiva 2011/83 (ni en el TR-LGDCU), la consecuencia debería ser, en el Derecho vigente, la falta de conformidad con el contrato y, en el contexto de la PDCDig., a partir de su art. 6.1.a y empleando *a contrario* el citado cdo. 14º PDCDig., también (aunque la solución *lege ferenda* pasaría realmente por aclarar en positivo que se facilite o no activamente la geolocalización innecesaria para la funcionalidad, el contrato caería en el ámbito de aplicación de la Directiva).

⁸² Denuncia esta posible confusión el documento de trabajo del Gobierno francés de cara a las negociaciones de la Directiva en el Consejo la DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (2016, p. 1, apartado I.5).

aunque no sé ve por qué en caso de que el contenido no fuese finalmente conforme con el contrato no podría utilizarse igualmente el derecho de resolución con la correspondiente abstención del proveedor de usar esos datos-, *carece de fundamento sólido* y tampoco se explicitan satisfactoriamente en la PDCDig.⁸³ *la exclusión de los contratos en que los datos se recaban mediante cookies* –incluso aunque el consumidor “activamente” acepte la instalación de tal *cookie*-, *ni de los contratos en que la contraprestación consiste en una conducta (“facere”) del consumidor con un alto valor como técnica de marketing* cual es el *aceptar recibir publicidad* (v. gr., ver un video publicitario para acceder al siguiente nivel en un videojuego). Al menos la Comisión Europea parece ser consciente de tener que revisar su política legislativa sobre ambas exclusiones en el futuro⁸⁴. *Tampoco parece justificado que no se contemple explícitamente en el ámbito de aplicación de la Directiva la cesión por el consumidor de los derechos de propiedad intelectual de los contenidos que carga en determinadas plataformas y redes sociales, pues constituye claramente una prestación no dineraria, con unos datos subyacentes –pues la obra o prestación protegida por derechos de autor o afines puede merecer también esa calificación, al margen de la protección adicional que les garantiza la normativa de propiedad intelectual⁸⁵–, aunque es posible que el consumidor no sea consciente de haber consentido esa cesión de derechos al adherirse a las condiciones generales⁸⁶.*

En resumen y conclusión, a la luz del ámbito de aplicación diseñado por los arts. 3.1 y 3.4 PDCDig., *los contratos de suministro de contenidos digitales podrían clasificarse por el criterio de la contraprestación en cuatro tipos y sólo a los dos primeros alcanzaría el nuevo régimen legal: a) contratos a cambio de “precio” (dinero ex art. 2.6); b) contratos a cambio de “otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos” si aquella se “facilita activamente” por el consumidor; c) contratos a cambio de otras contraprestaciones no dinerarias que no sean datos (conductas, admisión de publicidad, etc.) o cuando los datos no se facilitaron activamente; dudosa resulta la calificación de la cesión de derechos de propiedad intelectual como contraprestación en los términos expuestos; d) contratos enteramente gratuitos; aunque con la concepción de la*

⁸³ Ni en sus considerandos ni en sus documentos preparatorios.

⁸⁴ Según el art. 22 PDCDig., en el informe que Comisión debe presentar al Parlamento Europeo y al Consejo antes de cinco años desde la entrada en vigor de la Directiva, examinará especialmente las normas aplicables a los contratos *“suministrados a cambio de publicidad o de recogida indirecta de datos”*.

⁸⁵ Y por esa vía aspirar a la aplicación de la PDCDig., que tiene carácter imperativo (art. 19) y se aplica a contraprestaciones no dinerarias en forma de datos personales y “otros datos”; la pretensión del proveedor profesional de excluir del régimen de la Directiva de los contratos en los que se operó la cesión contractual de derechos de autor sobre obras originales (ciertas fotografías, videogramas, obras literarias, etc.), que son algo más que meros datos debería encontrar su respuesta en que los “contenidos digitales”, facilitados por el consumidor, precisamente se definen *ex art. 2.1* como “datos” producidos y suministrados en formato digital (*vid. infra* nota 250); amén de aplicarse a tales cesiones el control de transparencia y contenido propio del régimen de las cláusulas abusivas.

⁸⁶ *Vid. MAK (2016, p. 10)* que lo plantea como una cuestión de demarcación sin respuesta. Conforme a la calificación que se mantiene en el texto, parece que el requisito de la transferencia “de forma activa” de esos datos por el consumidor sí se daría al “subir” (*upload*) tales obras o prestaciones, aunque no sea tan claramente “activa” (en los términos de la PDCDig.) su cesión de derechos de propiedad intelectual, que habrá de examinarse a la luz del régimen de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas.

cesión de datos como contraprestación y el empleo de técnicas como las *cookies* los ejemplos sean cada vez menos numerosos en los modelos de negocio vigentes, acaso podría pensarse en ciertos parches y actualizaciones enteramente gratuitas⁸⁷ o en la descarga de versiones beta o de prueba de programas de prueba, aplicaciones, muestras, navegadores, etc.⁸⁸. *La exclusión plena de las últimas dos categorías contractuales merecería una más detenida consideración* en las negociaciones de la Directiva –o en el momento de transposición, ya que no parece vetarse la extensión nacional del régimen de la Directiva de máximos a contratos no contemplados por ella, aunque esta sutil cuestión siga siendo objeto de incertidumbres–, pues *lege ferenda* algunos contratos excluidos, en particular, los que integran contraprestaciones mediante *cookies* o mediante condiciones o técnicas encubiertas, deberían incluirse, o algunos remedios por falta de conformidad deberían estar también a disposición del consumidor de contenidos digitales gratuitos (en concreto, la indemnización por daños y perjuicios en el entorno digital del consumidor).

Por último, conviene insistir en que la PDCDig. no establece especiales deberes informativos para que el consumidor sea consciente de que facilita activamente esa contraprestación, por lo que debería recurrirse a los deberes de información sobre el “precio” que contemplan la Directiva 2011/83 y los arts. 60 y 97 TR-LGDCU, debidamente corregidos o interpretados para incluir la plena información sobre esa contraprestación no dineraria⁸⁹.

2. La conformidad de los contenidos digitales con el contrato

2.1. Visión general y carencias del sistema diseñado en la Propuesta de Directiva

En términos globales, la PDCDig. sigue el esquema y técnicas en su momento diseñados para las garantías del contrato de compraventa de “bienes de consumo” por la Directiva 99/44/CE de 25 de mayo de 1999, que habrá de continuar vigente aunque prosperasen las propuestas de diciembre de 2015⁹⁰. Ahora bien, mientras con la transposición de la Directiva 99/44 se produjo disparidad y debate sobre si los contenidos digitales estarían comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas nacionales, en función de la decisión de cada Estado Miembro al implementar la noción de la Directiva (art. 1.2.b) de los “bienes muebles corpóreos”⁹¹, la

⁸⁷ Cfr. SPINDLER (2016b, p. 220). Sugieren HOOFNAGLE/WHITTINGTON (2014, pp. 624-626) los supuestos de pruebas gratuitas de juegos *on line* con registro como invitados o la visita de páginas webs si los *banners* o espacios de publicidad son fáciles de ignorar.

⁸⁸ Siempre que ni siquiera sea obligatoria conducta alguna del consumidor a cambio (v. gr., informes voluntarios, automáticos o no; *feedback* en la página del productor o suministrador) ni se produzca rastreo en la forma de uso.

⁸⁹ *Vid.* argumentación en las notas anteriores.

⁹⁰ *Vid.* las modificaciones que en la Directiva 99/44 introducen el art. 20 PDCDig. y el art. 19 PDCLBienes.

⁹¹ En España, entre la abundante bibliografía al respecto, *ad exemplum*, entendía incluidos en la Ley 23/2003 “todos los bienes de naturaleza informática” AVILÉS GARCÍA (2006, p. 169) y, tras el TR-LGDCU de 2007, quedan

propuesta de Reglamento CESL dio el paso de aplicar el concepto de conformidad y sus remedios a los contenidos digitales⁹², así como extender unas reglas inicialmente diseñadas sólo para el contrato de compraventa también a ciertos servicios⁹³.

Sobre el patrón de la Directiva 99/44, seguido (y desarrollado) igualmente por textos armonizadores posteriores⁹⁴ y por la Propuesta de Directiva de contratos en línea de bienes, la PDCLBienes comienza por fijar en positivo en qué consiste la *conformidad* de los contenidos digitales con el contrato (en esencia, en el art. 6, aunque desglosa otros parámetros y reglas al respecto en los arts. 7, 8 y 9), delimita en el art. 10 cuáles son las *responsabilidades del proveedor* tanto por falta de suministro (que menciona ahí sólo expresamente el remedio de la resolución) como por suministro no conforme (en cuyo caso, a tenor de los arts. 11 a 14, las *formas de saneamiento* adoptan una jerarquía en dos niveles, a los que se suma la limitada posibilidad de indemnización de daños y perjuicios por supuestos tasados [art. 14]: en primer lugar, se ofrece el derecho a la puesta en conformidad del contenido digital [art. 12.1] y, subsidiariamente, en segundo lugar, la reducción del precio [art. 12.4] o la resolución del contrato [arts. 12.5 y 13]).

*El régimen de la PDCLBienes sigue un claro paralelismo con la PDCLBienes y, si bien cuenta con la virtud de adaptar con bastante acierto las reglas de ésta, pensadas para bienes, a las peculiaridades de los contenidos digitales, en cambio, en varias decisiones de pura política legislativa en las que en buena técnica legal era perfectamente posible seguir el paralelismo y otorgar un más alto nivel de protección al consumidor, sin embargo la PDCLBienes se retrae y otorga menor protección que la derivada de la PDCLBienes (v.gr., al supeditar los parámetros objetivos de conformidad a lo dispuesto en el contrato, al no permitir la resolución por defectos no ligados a prestaciones principales del contenido digital), sin que estas decisiones favorables a la industria digital encuentren siempre convincente justificación. También digna de crítica es la decisión de mantener la jerarquía de remedios en ambas directivas de máximos, cuando varios países habían elevado ya el nivel de protección del consumidor al permitirle optar libremente por cualquiera de ellos⁹⁵ (como también permitía el CESL), opción esta que supone un incentivo empresarial a acendrar la calidad de sus prestaciones. Sin duda, el deseo de fomentar un mercado digital potente en un momento de expansión, crisis, incertidumbre tecnológico-jurídica y globalización ha debido frenar una ambición aún más proteccionista en la Comisión Europea. Asimismo, la revisión coetánea de la normativa europea de *propiedad intelectual* deja por ahora sin una*

englobados en el término “producto” “los archivos informáticos (con independencia de que tengan o no soporte físico”, como, por ejemplo, sostiene TORRELLES TORREA (2011, p. 1067).

⁹² Art. 5.b) CESL y arts 87.1.b), 87.1.d) y 99-120 CESL (Anexo I), entre otros.

⁹³ Art. 5.c) CESL y 147 CESL (Anexo I), al remitirse al capítulo 9 CESL, art. 87 incluido. Sobre ello, por todos, VAQUER ALOY (2012, pp. 441 y ss. y 447) y GARCÍA RUBIO (2015, p. 165).

⁹⁴ Así, primero en el régimen de conformidad en la compraventa de los arts. IV.A. – 2:301 a IV.A. – 2:309 DCFR (*Draft Common Frame of Reference*) y después en los citados arts. 99-120 CESL (Anexo I).

⁹⁵ Así ocurre en las legislaciones de Chipre, Croacia, Grecia, Eslovenia, Lituania, Portugal según se informa en la tabla ofrecida en COMISIÓN EUROPEA (2015c, pp. 50-51 y 8); según este documento, otros 20 Estados miembros mantienen la jerarquía y el Reino Unido e Irlanda han añadido algún remedio adicional.

plasmación más explícita en la PDCDig.⁹⁶ de la medida en que los *límites legales* que afectan a los adquirentes, usuarios y licenciatarios de contenidos digitales (copia privada, reventa, impacto de las medidas tecnológicas de protección, etc. algunos indeterminados jurisprudencialmente y en general, con alta disparidad por países) pueden defraudar sus expectativas y abocar en su caso en falta de conformidad si la información contractual no se recogió con la debida precisión.

2.2. Parámetros de conformidad: crítica de la desconsideración de las legítimas expectativas

Bajo el rótulo de “conformidad de los contenidos digitales con el contrato”, el art. 6 PDCDig.⁹⁷ aglutina la combinación de lo que doctrinalmente suelen llamarse criterios “subjetivos” y “objetivos” de conformidad, que en la PDCLBienes se desmembran en los arts. 4 (“conformidad con el contrato”) y 5 (“requisitos para conformidad de los bienes”). Habida cuenta de lo diluido que se puede presentar el consentimiento del consumidor en los contratos de adhesión sobre contenidos digitales, donde el tradicional sentido del “acuerdo” de voluntades queda rebajado a una aceptación no negociada del contenido contractual, más que aquella terminología parece oportuno hablar de parámetros “contractuales” y parámetros “legales” de conformidad. Mientras estos últimos son de obligado cumplimiento y, por tanto, cumulativos a los contractuales, tanto en la Directiva 99/44 como en la PDCL⁹⁸, la PDCDig. por una parte subraya una y otra vez que los parámetros del art. 6.1 (suministro en la cantidad, calidad, duración, versión, funcionalidad, interoperabilidad, con instrucciones y asistencia, y actualizados) serán exigibles sólo “según se estipule en el contrato”, de manera que las precisiones establecidas por el proveedor fijan (contractual, “subjetivamente”) a criterio del predisponente el nivel de calidad y uso exigible; y, por otra parte, el *parámetro objetivo por excelencia*⁹⁹, esto es, ser los contenidos “aptos para los fines a los que ordinariamente se destinan contenidos digitales del mismo tipo, incluida su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento”, se relega sólo, como *parámetro legal subsidiario* (y no, por tanto, como criterio objetivo alterable sólo por un auténtico acuerdo de voluntades), para “el supuesto de que el contrato no establezca, cuando proceda, de forma clara y comprensible” los anteriores requisitos de conformidad del art. 6.1.

Por lo tanto, el proveedor puede fijar unilateralmente, siempre que actúe con la debida transparencia, los fines y usos para los que son aptos los contenidos digitales que suministra,

⁹⁶ Cfr. las referencias a la información contractual sobre funcionalidad e interoperabilidad del art. 6.1 adonde cabe reconducir esta cuestión y, en particular, las consecuencias de una deficiente información contractual *ex art.* 6.2.

⁹⁷ En esta línea, *vid.* art. 100 CESL y su antecedente, el art. IV.A - 2:302 DCFR (*Draft Common Frame of Reference*).

⁹⁸ Arts. 4.2 y 5, con las precisiones del art. 4.3 sobre el conocimiento y consentimiento expreso del consumidor ante cualquier alteración de los parámetros legales u objetivos que le sea perjudicial.

⁹⁹ De hecho, el cdo. 25 PDCDig. se refiere expresamente a él aludiendo a que “es necesario establecer un conjunto de *criterios de conformidad objetivos* que garanticen que los consumidores no se verán privados de sus derechos”... pero sólo en caso de que el contrato no establezca claramente los elementos de comparación (“*benchmarks*”).

incluso aunque sean subestándar, carezcan de la seguridad al uso, no puedan emplearse más que en ciertos soportes, plataformas o formatos o carezcan, en el supuesto más extremo, de instrucciones o de actualizaciones de ningún tipo una vez adquiridos. Las expectativas del consumidor quedan por tanto enteramente definidas por los términos del contrato; la conformidad se supedita a la satisfacción de una suficiente información contractual y precontractual (*disclosure*), sin parámetro objetivo mínimo de contraste. Las legítimas expectativas que el consumidor podría tener a la luz de los usos del mercado o los avances tecnológicos quedan limitadas por la voluntad del proveedor como predisponente del contenido contractual¹⁰⁰. *Esto supone una menor protección que la que dispensa la PDCLBienes al adquirente de bienes mediante contratos on line o a distancia*¹⁰¹. Aunque es conocida la dificultad – que no imposibilidad, en función del tipo de contenido digital de que se trate– de fijar cuáles son las legítimas expectativas del consumidor en relación con estas novedosas y cambiantes prestaciones digitales¹⁰², sería deseable una previsión que respetase esas expectativas razonables¹⁰³, así como establecer unos mínimos parámetros legales que reflejen las expectativas de los consumidores al menos respecto a rasgos esenciales de la calidad (amén de la funcionalidad e interoperabilidad) de los contenidos digitales, como, por ejemplo, sí hizo la *UK Consumer Rights Act 2015*¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Sugiere críticamente TWIGG-FLESNER (2016, p. 20) el cambio de enfoque que la Directiva debería adoptar en los siguientes términos: “*For essential quality standards, abandon fiction of contractual agreement so as to reflect more clearly consumer expectations?*” y censura (*ibidem*, p. 21) la falacia del “acuerdo” (*agreement*) como base del parámetro “subjetivo” en este tipo de contratos.

¹⁰¹ Viene a reconocer el distinto enfoque entre ambas Directivas en lo relativo a las legítimas expectativas del consumidor el documento relativo al *Impact Assessment* elaborado por la COMISIÓN EUROPEA (2015c, pp. 46 y 48): al glosar la PDCLBienes señala que “*the instrument should maintain a mixture of contractual and statutory conformity criteria against which the quality of the good is assessed, while clarifying the relationship between the two so that the consumer has clear expectations*” (énfasis añadido), al describir la misma cuestión en la PDCDig. omite el inciso resaltado en cursiva. Ponen de relieve esta disminución de la protección del consumidor de contenidos digitales, con severa crítica, BEALE (2016, pp. 20-21), MAK (2015, pp. 15 y 18) y SPINDLER (2016a, pp. 152-153).

¹⁰² *Vid.* LOOS *et al.* (2011, p. 741), que apunta a lo novedoso de muchos contenidos digitales que carecen aún de un estándar, los muy distintos tipos de productos digitales y los rápidos cambios, la diversidad de fórmulas de licencias de uso o la propia manipulación de las expectativas por la industria de contenidos digitales. Sobre ello también, con ulteriores precisiones, YANGUAS GÓMEZ (2012, pp. 482-485).

¹⁰³ Como sí reconocía, por ejemplo el art. 100 CESL, tanto en su apartado b) (“ser aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes o contenidos digitales del mismo tipo”, sin introducir la cortapisa de la PDCDig. de que el contrato haya establecido otra cosa) como en su apartado g) (los bienes digitales deberán “poseer las cualidades y prestaciones que el comprador pueda esperar”). Defendían una definición legal más completa de concretas expectativas razonables de los consumidores, sin fiarlo todo enfoque de la información HELBERGER *et al.* (2013, pp. 50-51).

¹⁰⁴ Así, su art. 34 establece que todo contrato de suministro de contenido digital debe tratarse como si incluyera una estipulación de que la calidad del contenido digital es satisfactoria y añade (art. 34.2), acogiendo así legalmente el criterio las legítimas expectativas, que “*the quality of digital content is satisfactory if it meets the standard that a reasonable person would consider satisfactory (...)*” y considera como criterios implícitos de calidad el servir para los fines que satisfacen contenidos digitales del mismo tipo, estar libre de defectos *menores*, la seguridad y la durabilidad. Además, el art. 47.1.a de la *UK Consumers Right Act 2015* establece que una cláusula

Por lo tanto, en síntesis: el art. 6.1 PDCDig. da primacía absoluta a los parámetros contractuales de la conformidad; el art. 6.2 PDCDig. relega el parámetro legal u objetivo por excelencia (servir el contenido digital para los fines ordinarios de los contenidos del mismo tipo) a un papel supletorio, esto es, sólo operará cuando el predisponente del contrato no ha fijado los parámetros de conformidad con la debida claridad; y los arts. 7 (instalación/integración de los contenidos digitales) y 8 (conformidad jurídica) parecen mantenerse como los únicos criterios legales inalterables por las previsiones contractuales (tanto por la ausencia en ellos del inciso “según se estipule en el contrato” omnipresente en el art. 6, como por el carácter imperativo de las reglas de la Directiva ex art. 19).

a. Parámetros contractuales: en especial, el problema de los defectos de seguridad y las actualizaciones

Como primer parámetro de conformidad modulable por el contrato y siguiendo el paralelismo con el art. 4.1.a PDCLBienes (y con el art. 2.2.a de la Directiva 99/44), aunque con abandono de la referencia a la muestra o modelo presentada por el vendedor de bienes¹⁰⁵ y con adaptación a los rasgos y prestaciones característicos de los contenidos digitales, el art. 6.1.a) PDCDig. indica que éstos tendrán “la cantidad, calidad, duración y versión, y poseerán la funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como accesibilidad, continuidad y seguridad, según venga requerido por el contrato, incluyendo cualquier información precontractual que forme parte integrante del contrato”. Este primer apartado trata de sistematizar en tres grupos relacionados lo que en terminología de la Directiva 2011/83 serían las “características principales” de los contenidos digitales¹⁰⁶, de las cuales esta Directiva

que eliminase la responsabilidad del proveedor derivada del citado art. 34 (“digital content to be of satisfactory quality”) no sería vinculante para el consumidor.

¹⁰⁵ En el caso de los bienes dicha “muestra o modelo” habrá de ser un ejemplar idéntico al bien que desea vender al consumidor; en algunos contenidos digitales esa muestra (*sample*) también puede revestir esa plena identidad –como sucedería con la descarga de una parte de una canción o película, o con acceso durante un tiempo de prueba a un videojuego en línea o a un servicio de *streaming* de películas, o la descarga de un programa informático o aplicación con clave de acceso temporalmente limitada; y lo mismo cabe decir para buena parte de los “servicios” digitales si en vez de “muestra” se apela a “prueba”–, mientras que en otros puede no revestir la misma calidad que el contenido digital que finalmente se suministre –v.gr., escuchar en *streaming* una canción que se facilitará en un formato de mayor calidad o visualizar el *trailer* de una película en tiempo real– y en otros, finalmente, puede ser desaconsejable para la política comercial de un proveedor suministrar dichas muestras (sobre todo con descarga, suministro en CD/DVD u otro soporte material) con las que a la postre podrían ponerse en riesgo derechos de propiedad intelectual o simplemente satisfacer *per se* las volátiles necesidades del usuario. En cualquier caso, como tales muestras podrían considerarse las versiones “lite” o simplificadas de determinadas aplicaciones, que se ofrecen gratuitamente al usuario para que las pruebe y se decida adquirir previo pago la versión completa de esas aplicaciones o programas. La falta de mención a las “muestras” o “modelos” en el art. 6.1.a) PDCDig., probablemente por este tipo de rasgos genuinos de los contenidos digitales y de sus prácticas comerciales de promoción, distintas de las propias de la venta de bienes, no parece revestir mayor trascendencia en cuanto a la protección del consumidor, pues cabría posiblemente subsumir la regla en la mención final a las informaciones precontractuales que formen parte del contrato, aunque no pueda obviarse la utilidad del inciso omitido para algunos tipos de contenidos digitales.

¹⁰⁶ Arts. 5.1.a) y 6.1.a) de la Directiva 2011/83 (= arts. 60 y 97 TR-LGDCU), amén de la obligación de informar sobre “funcionalidad” e “interoperabilidad” de los contenidos esenciales a tenor de los arts. 5.1.g)-h) y 6.1.r)-s)

establece la obligación de informar de forma clara y comprensible antes de que el consumidor quede vinculado; de manera que, cumplido ese deber informativo, el desajuste de esas características anunciadas contractual o precontractualmente¹⁰⁷ con el contenido suministrado generará su falta de conformidad con el contrato:

- El primer grupo de características principales aglutina cantidad, calidad, duración y versión; aunque están ausentes otras descripciones esenciales como el *idioma* del contenido digital, el *formato* del archivo que se facilitará, su *tamaño* o si para disfrutar del contenido digital es *precisa o no conexión* a internet, parece que esos cuatro rasgos podrían entenderse subsumidos en una noción amplia de calidad (o, en su caso, de funcionalidad)¹⁰⁸. La mención a la *cantidad* parece apelar más bien a un suministro deficiente en número, pues si superase al alza lo previsto contractualmente, el supuesto parece más bien reconducible al régimen de los envíos no solicitados¹⁰⁹. En cuanto a la *versión* del contenido digital es obvio que su proveedor, en función de los acuerdos que tenga con el productor –de ser sujetos distintos–, puede mantener en el mercado la oferta coetánea de varias versiones del mismo producto digital; en tal caso, supondrá falta de conformidad dar una versión distinta de la acordada¹¹⁰. Cuestión distinta, que ataja el art. 6.4 PDCDig., es el mandato legal de suministrar los contenidos digitales en la versión más reciente disponible en el momento de celebrar el contrato, salvo que se acordase otra cosa. Se tiene presente con esta regla la expectativa razonable del consumidor de recibir la última versión, aunque se modula al permitir el pacto en contrario, en el que el consumidor ha debido participar conscientemente. A donde ya no alcanza la cobertura legal de expectativas ciertamente extendidas es a que el proveedor informe al adquirente de la inminente aparición de una nueva versión de cara a una decisión plenamente informada¹¹¹ ni a que el consumidor tenga derecho a una actualización o ascenso (*upgrade*) de la versión adquirida en caso de ofertarse una nueva muy poco después (pues el art. 6.1.d PDCDig. ciñe las actualizaciones [*updates*] a lo establecido en el contrato).

de la Directiva 2011/83 (= arts. 60.1.i-j) y 97.1.s-t) TR-LGDCU). *Vid.* art. 12.5 PDCDig. (“características de las prestaciones principales” del contenido digital).

¹⁰⁷ Dado que, a tenor del art. 6.5 de la Directiva 2011/83 (cfr. su cdo. 32) esa información formará parte integrante del contrato y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario. *Vid.* arts. 97.5 y 61 TR-LGDCU.

¹⁰⁸ Donde los encuadra, por ejemplo, la Comisión Europea al hilo de la implementación de la Directiva 2011/83 cuando sugirió su modelo voluntario de iconos para informar de los productos digitales en línea: *vid.* EUROPEAN COMMISSION (2014b), *DG Justice Guidance Document...*, cit., pp. 67-68 y 70.

¹⁰⁹ Art. 27 de la Directiva 2011/83 y art. 66 quater TR-LGDCU.

¹¹⁰ Cabe patrocinar la falta de conformidad incluso aunque la versión suministrada fuese de calidad superior a la contratada, en caso de que el consumidor precisamente necesitase una determinada versión por cualquier motivo (v. gr., por cuestiones de interoperabilidad, porque sólo versiones más antiguas funcionasen en el resto de sus equipos) y sin necesidad de que hubiese comunicado esas razones previamente al suministrador (no se trataría de un supuesto subsumible en el art. 6.1.b: “aptos para el uso concreto requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del proveedor”).

¹¹¹ Lo que, en casos extremos, acaso podría recibir protección por vía del régimen de las prácticas comerciales desleales.

- El segundo grupo de características que determinan la conformidad son la *funcionalidad e interoperabilidad* de los contenidos digitales. Se trata de dos conceptos ya delineados a efectos de información precontractual en la Directiva 2011/83¹¹², con algún mayor detalle que el que ahora emplea la PDCDig. El art. 2.9 PDCDig. define la “interoperabilidad” como la “capacidad de los contenidos digitales de realizar todas sus funcionalidades dentro de un entorno digital concreto” y el considerando 26º aclara que, dada su propia naturaleza, el contenido digital debe interactuar con el *hardware* (incluidas las prestaciones de velocidad del procesador y tarjetas gráficas) y el *software* (incluida una versión específica del sistema operativo o un específico reproductor multiformato). El elenco de definiciones de la PDCDig. no incluye qué sea la “funcionalidad”, por lo que es preciso recurrir al citado considerando 26º para aclarar que “debe hacer referencia a las formas en que pueden utilizarse los contenidos digitales”, así como a la “ausencia o presencia de restricciones técnicas, tales como la protección a través de medidas de gestión de derechos digitales [DRM] o codificación regional”¹¹³. Por lo tanto, el proveedor puede establecer en el contrato cuáles son los usos permitidos o restringidos (v. gr., número de visualizaciones de una película, licitud o no de las copias privadas y reproducción en varios dispositivos, restricción técnica a la conversión del contenido digital en otro formato o a su funcionamiento exclusivo en determinados reproductores o con determinadas versiones de la aplicación o sistema operativo); siempre que se respete el (mínimo) régimen legal imperativo de límites a los derechos de propiedad intelectual a favor del usuario, esas previsiones contractuales delimitarán los derechos y expectativas del consumidor, que sólo podrá aducir falta de conformidad si no se cumplen las previsiones contractuales en este punto (v. gr., el contenido no funciona en el sistema operativo de su teléfono inteligente pese anunciarse como compatible con él) o si, por su falta de claridad, es menester acudir al canon de los fines y usos a que ordinariamente se destinen contenidos digitales del mismo tipo. *Si en la explicación y ejemplificación de en qué consisten los conceptos de “funcionalidad” e “interoperabilidad” se da en todo lo anterior plena concordancia entre la PDCDig. y la Directiva 2011/83, existen en cambio dos llamativas omisiones en la nueva propuesta sobre el seguimiento del comportamiento del usuario y la compatibilidad con aparatos y programas estándar.*

Por una parte, el considerando 19º de la Directiva 2011/83 pone como ejemplo de funcionalidad de la que hay que informar al usuario también el supuesto de que el uso del contenido se emplee “para el seguimiento del comportamiento de los consumidores”; este inciso está inadecuadamente omitido en

¹¹² Arts. 5.1.g)-h) y 6.1.r)-s) y cdo. 19 Directiva 2011/83.

¹¹³ Para el desarrollo en detalle de ambos conceptos, funcionalidad e interoperabilidad, los tipos y régimen jurídico de los *Digital Rights Management* y su relación con los límites de los derechos de propiedad intelectual y, en particular, la interacción entre esas medidas tecnológicas (arts. 160-162 TR-LPI), la copia privada de contenidos digitales y la incidencia de la debida información al consumidor sobre estos extremos (“ausencia o presencia”), incluida la equiparación entre codificación regional de soportes ópticos y aparatos reproductores y las limitaciones geográficas para el acceso de los contenidos digitales *on line*, me remito a CÁMARA LAPUENTE (2014, pp. 115-138). Más recientemente, pueden verse algunos de estos aspectos atinentes a la propiedad intelectual en la contribución de Juan Pablo APARICIO VAQUERO en este número de *InDret3/2016*.

la PDCDig.¹¹⁴ y cabe patrocinar que, dado que es obligado facilitar esa información conforme a la Directiva 2011/83 en vigor, cualquier desajuste entre la advertencia (o, yendo quizás demasiado lejos, también por su plena omisión, para la que la Directiva no fija sanción) y el *tracking* o seguimiento efectivo del comportamiento del consumidor podría abocar en una falta de conformidad.

Por otra parte, los artículos de la Directiva 2011/83 (arts. 5.1.h y 6.1.t) establecen la obligación de informar de “toda interoperabilidad pertinente del contenido del contrato digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer”, es decir, que debe informar de la compatibilidad con aparatos y programas “estándar” (considerando 19º). Sin embargo, en sede de conformidad (PDCDig.) ese parámetro del *middleware* o los dispositivos conocidos se omite, en una nueva rebaja legal de las legítimas expectativas de los consumidores. Ello supondrá, de aprobarse la PDCDig., que siempre que el proveedor informe de la compatibilidad con “un entorno digital concreto” (que es como define la “interoperabilidad” el art. 2.9 PDCDig.) el consumidor no podrá alegar falta de conformidad por no funcionar en su (otro) dispositivo o programa, pues el contenido digital poseerá tal funcionalidad “as required by the contract” (como expresamente contempla el art. 6.1.a PDCDig.)¹¹⁵. Las consecuencias de no informar sobre la interoperabilidad con aparatos y programas estándar quedarán confinadas a la Directiva 2011/83 (que no las prevé, como tampoco explícitamente el TR-LGDCU), pero mientras se hubiese explicado en positivo con qué “entorno digital concreto” sí es compatible –sin decir con cuáles otros no–, el proveedor estaría a salvo de faltas de conformidad por esta cuestión en la PDCDig. De esta manera, se preservan las políticas comerciales de determinadas compañías (como Apple) que crean sistemas operativos o programas más “cerrados”, en el sentido de restringir el tipo de formatos que pueden funcionar en sus dispositivos o, a la inversa, que no pueden funcionar en otros aparatos o programas¹¹⁶.

- El tercer grupo de rasgos principales de los contenidos digitales que determinan su conformidad con el contrato, esto es, las “demás características de funcionamiento tales como *accesibilidad, continuidad y seguridad*”, pueden verse como una genuina descripción de la PDCDig. (no constan explicitados en la Directiva 2011/83) de tres aspectos capitales de la

¹¹⁴ Aunque podría ser deliberado y no inocente, dado que el enfoque de la PDCDig. es no incluir en su ámbito los contratos en los que la cesión de datos personales se produce “activamente” por el consumidor (y se dejan fuera las situaciones en que tal cesión se produce mediante *cookies*); para realizar el seguimiento del comportamiento del consumidor la industria de contenidos digitales emplea precisamente *cookies*, marcas de agua (*watermarks*), algunos tipos de DRM e identificadores diversos. De ser esta la razón de la omisión cabe defender su subsanación por comportar una débil protección del consumidor, incoherente además con los deberes informativos establecidos en la Directiva 2011/83.

¹¹⁵ La diferencia entre los supuestos que plantean las dos omisiones estribaría en que mientras en relación con el seguimiento el cdo. 19º de la Directiva 2011/83 aporta un “ejemplo” que cabe perfectamente incardinar en el concepto amplio de la misma noción en la PDCDig., en cambio, en relación con la compatibilidad con otros aparatos y programas la Propuesta de Directiva adopta claramente un enfoque más restrictivo al afrontar sólo las consecuencias del desajuste entre la información contractual y precontractual procurada (no la que se debería haber procurado) y el contenido digital suministrado.

¹¹⁶ Si en el contrato quedó debidamente establecido, un consumidor que descargarse de la plataforma *iTunes* un archivo musical que sólo fuese compatible con reproductores propios de *Apple* (v. gr., *iPod*, *iPhone*, etc.) no podría alegar falta de conformidad, de acuerdo con estas reglas. Cuestión distinta sería la posible aplicabilidad de las reglas de restricción de competencia a tales casos, como las en su momento emprendidas en Francia contra dicha empresa y su conocido “Fair Play DRM”; sobre ello, SOBEL (2007, pp. 267-291).

funcionalidad y la interoperabilidad¹¹⁷. Particular trascendencia reviste la mención de la seguridad, habida cuenta de las amenazas que comporta la instalación de nuevos contenidos digitales por posible inclusión de *virus* informáticos, troyanos u otro tipo de *malware* que dañe los equipos y contenidos del usuario o exponga a éste a captación y difusión indeseada a terceros de información personal (fotografías, vídeos, comentarios, claves de acceso a otras aplicaciones, servicios de almacenamiento o cuentas bancarias, por citar sólo algunos ejemplos); la propia instalación de medidas tecnológicas de protección (DRM) puede provocar conflictos de seguridad con otros programas instalados en el ordenador o dispositivo¹¹⁸. Aunque antes de la PDCDig. buena parte de la doctrina sostenía que los defectos de seguridad deberían ser considerados como faltas de conformidad por defraudar una de las principales expectativas del consumidor¹¹⁹, nuevamente el art. 6.1.a) *fia la conformidad a lo establecido en el contrato*¹²⁰; el proveedor fijará el nivel de seguridad que el consumidor puede esperar de su producto o servicio. La Directiva rehúsa, así, a establecer un estándar mínimo de seguridad, aunque la afirmación debe ser matizada poniendo en relación el parámetro contractual del art. 6.1.a con la norma imperativa sobre la responsabilidad del proveedor por daños económicos causados al entorno digital del consumidor del art. 14 PDCDig. que, por tanto, no permitirá una exoneración total por fallos de seguridad que pueden considerarse como faltas de conformidad.

Teniendo en cuenta que los defectos de seguridad pueden provenir del propio contenido digital o, más frecuentemente, de su vulnerabilidad a acciones maliciosas de terceros por medio de virus, troyanos, etc., cabe sostener el deber de cooperación del consumidor, en especial en la instalación de actualizaciones o parches (automáticamente suministrados o no), que atajen esas carencias (*bugs, flaws, etc.*); así cabe inferirlo del art. 9.3 PDCDig. Cuestión distinta es que el proveedor no tenga obligación legal de proporcionar esas actualizaciones o parches si no se obligó contractualmente a ello (art. 6.1.d, *vid. crítica infra*, en relación con 6.1.a PDCDig.); y en caso de falta de conformidad por haberse obligado a

¹¹⁷ Aunque el inciso apele al “funcionamiento” y, por tanto, evoque sobre todo la noción legal de “funcionalidad”, esas tres características también parecen ser predicables de la “interoperabilidad” pues, por ejemplo, si un contenido digital no es *accesible* desde un determinado dispositivo que se anunció compatible con él se producirá la falta de conformidad, lo mismo que si genera problemas de seguridad sólo en ciertos aparatos o programas que se anunciaban como compatibles.

¹¹⁸ HELBERGER *et al.* (2013, p. 41).

¹¹⁹ UNIVERSITY OF AMSTERDAM *et al.* (2011, pp. 120-123); LOOS *et al.* (2011, pp. 741 y 747), a quien sigue también GARCÍA RUBIO (2015, pp. 170 y 174); asimismo, BEUC (2012, pp. 6-7, según propuestas de ROTT). Se muestra reticente hacia esa conclusión en el contexto del CESL, que no lo aclaraba, ZOLL (2012, p. 398). Decididamente en contra, YANGUAS GÓMEZ (2012, p. 501), para quien no se trata de una falta de conformidad que deba tratarse en el plano del incumplimiento contractual, sino un defecto de seguridad que merecería su tratamiento en sede de daños causados por bienes y servicios defectuosos (salvo en el caso de contenidos digitales como antivirus y cortafuegos cuya función es precisamente evitar ese tipo de daños).

¹²⁰ Proporciona MAK (2016, p. 17) interesantes ejemplos de la práctica reciente relativos a servicios de almacenamiento en red y teléfonos inteligentes en las que las “*contractual stipulations of the supplier to ‘manage’ the expectation of the consumer should be superseded by statutory consumer protection*”, puesto que los avances tecnológicos pueden hacer al consumidor albergar expectativas sobre seguridad superiores a las reflejadas en el contrato.

ello, el parche o la actualización gratuita pertinente constituirá la forma de puesta en conformidad más clara (*vid.* art. 12.1 PDCDig.). Aunque la Propuesta de Directiva no distingue, parece más sencillo concluir una falta de conformidad cuando el defecto de seguridad existía al suministrar el contenido digital –incluso aunque sus consecuencias se demuestren tiempo después y aunque nadie conociese *ab origine* el defecto de seguridad–, que cuando una acción sobrevenida de terceros hace vulnerable el entorno digital del consumidor a través del contenido suministrado¹²¹; *a falta de difíciles estándares de seguridad en este punto, la PDCDig. opta por no establecer la obligatoriedad de actualizaciones (salvo que el proveedor se vincule a ofrecerlas durante un tiempo) y permitir la fijación contractual de los aspectos relativos a la seguridad del contenido digital.*

El segundo parámetro contractual de conformidad, éste genuinamente “subjetivo” por un acuerdo expreso de las partes, no presenta especiales diferencias ni con su homólogo en el art. 4.1.b PDCDig.¹²² ni con el originario art. 2.2.b) de la Directiva 99/44. Según el art. 6.1.a) PDCDig., para estar en conformidad con el contrato los contenidos digitales serán “*aptos para el uso concreto requerido por el consumidor* que éste haya puesto en conocimiento del proveedor en el momento de la celebración del contrato y el suministrador haya aceptado”.

El tercer parámetro fiado a lo que establezca el contrato y, por ende, al arbitrio de lo que el predisponente haya establecido, se formula en el art. 6.1.c) en los siguientes términos: *ser los contenidos “suministrados junto con las instrucciones y asistencia al consumidor requeridas por el contrato” (“as stipulated by the contract”)*. Dejando ahora aparte la oportuna mención de la *asistencia* al consumidor –tan genuina y pertinente en algunos servicios digitales como diversa y opcional según las políticas comerciales y de calidad de las distintas empresas–, *vuelve a detectarse una criticable rebaja del nivel de protección* del consumidor en relación con el Derecho nacional vigente¹²³ y con lo que cabría esperar en una propuesta de este tipo en lo relativo al suministro de *instrucciones*. Las cláusulas contractuales podrían, llevando el argumento al extremo, reducir a mínimos el deber de suministrar instrucciones sobre el uso del contenido digital, lo cual, precisamente en un contexto tecnológico complejo y con distintos colectivos de usuarios vulnerables no parece la solución legal más adecuada. De nuevo la PDCDig. huye de establecer un canon de expectativas razonables, como en cambio sí lo hace el homólogo art. 5.b) PDCL, a cuyo tenor los bienes deberán entregarse con “instrucciones de instalación u otras

¹²¹ Sobre ello, cfr. SPINDLER (2016a, p. 152).

¹²² Tanta es la similitud que la traducción oficial de la PDCDig. comete el desliz de traducir “*supplier*” (“proveedor” *ex art.* 2.2) por “vendedor”.

¹²³ Dado que el art. 18.2.e) TR-LGDCU obliga a que “*todos los bienes y servicios* puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar (...) instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles”. E incluso, en el terreno de la falta de conformidad con el contrato de compraventa de bienes, doctrinalmente se ha sostenido (MARÍN LÓPEZ, 2015, p. 1709) que la referencia del art. 116.2 TR-LGDCU (= art. 2.5 Directiva 99/2011) a las instrucciones erróneas de instalación se aplica también a las instrucciones de uso, utilización, conservación y cuidado, como sucede en el Derecho de Suecia, Finlandia y Dinamarca.

*instrucciones que el consumidor puede esperar recibir*¹²⁴. Ciertamente es que numerosos contenidos digitales requerirán poca instrucción en cuanto a su instalación (generalmente automatizada o a través de plataformas), pero en cambio la experiencia plena de la funcionalidad puede requerir instrucciones más detalladas, como, por lo demás, parece derivarse de la información precontractual exigida por la Directiva 2011/83.

El cuarto y último parámetro de conformidad fijado en el art. 6.1.d) PDCDig. es que los contenidos digitales “serán actualizados como se establece en el contrato”. Obviamente no resulta conforme con el contrato el incumplimiento del número de actualizaciones ofertadas al contratar o la falta de suministro de dichas actualizaciones durante el período comprometido. También es evidente que cuando se produzca la actualización debida *ex contractu* los contenidos digitales deberán seguir siendo conformes con el contrato tanto si se entiende el contrato terminado en ese momento y con esa postrera actualización como si es un contrato con una duración superior¹²⁵. La fijación contractual y no objetivamente legal de las actualizaciones deja claro –como también hiciera inicialmente el art. 103 CESL¹²⁶– que *el riesgo de obsolescencia no supone falta de conformidad*¹²⁷. Sin embargo, cabe poner en tela de juicio que esa falta total de obligación legal de actualizar sea congruente con la naturaleza propia de algunos contenidos digitales, como puede suceder con el caso de los programas antivirus o los navegadores GPS de asistencia en la conducción por carretera, por ejemplo, que para funcionar propiamente requieren actualización¹²⁸. En este sentido, resultaría preferible introducir en la Propuesta de Directiva una regla que al menos garantizase las actualizaciones gratuitas imprescindibles para un funcionamiento “seguro” del contenido digital suministrado¹²⁹ como mínimo durante un

¹²⁴ Traducción propia. En la versión oficial en inglés “*installation instructions or other instructions as the consumer may expect to receive*”, en la versión oficial en castellano: “las instrucciones de instalación o de otro tipo que el consumidor pueda esperar”. Téngase presente que este art. 5 PDCLBienes (titulado “requisitos de conformidad de los bienes”) sí recoge parámetros objetivos o legales de conformidad desgajados de los “subjetivos” del art. 4.

¹²⁵ En sentido similar, cfr. art. 105.4 CESL. *Vid.* también argumento desde el art. 6.3 PDCDig., con una dicción que no menciona (como sí hacía el CESL) las actualizaciones.

¹²⁶ Según el art. 103 CESL: “Los contenidos digitales no se considerarán faltos de conformidad con el contrato por la única razón de que después de la celebración del contrato pase a disponerse de contenidos digitales actualizados”. Esta regla fue, sin embargo, suprimida en la enmienda 187 aprobada en el Parlamento Europeo.

¹²⁷ *Vid.* GARCÍA RUBIO (2015, p. 171).

¹²⁸ *Vid.* MAK (2016, p. 17).

¹²⁹ Se alude al concepto de funcionamiento “seguro”, más que “correcto”, para evitar la generación de daños personales o patrimoniales cuando existe una actualización del productor que corrige esas cuestiones de seguridad, sin promoverse una cobertura legal acaso excesiva en caso de establecer una obligación de procurar las mejoras o correcciones de funcionamiento sin riesgos de seguridad producidas en versiones posteriores que, en muchos casos, tendrán que ver con la evolución tecnológica y la interacción con las prestaciones a su vez mejoradas de otros suministradores de contenidos digitales (v. gr., no parece regla razonable que el consumidor tuviese derecho a la actualización continua de una aplicación que no funciona cuando él mismo cambia a una versión más reciente de sistema operativo o le impide interactuar con programas informáticos aparecidos con posterioridad al suministro digital). Por lo tanto, para plantear una reforma del art. 6.1.d) PDCDig. habría que tomar en cuenta tres potenciales criterios: la subsanación de faltas de *seguridad* [cambio necesario], la

período de tiempo (dos años, por ejemplo)¹³⁰; existen ya algunas críticas y propuestas más o menos extremas en esta línea¹³¹. El carácter general y abstracto de la PDCDig., en su aplicación a todo tipo de contenidos digitales hace, en cualquier caso, difícil formular reglas y excepciones *ad hoc* sin tener presentes todos los intereses en juego en cada tipo de producto o servicio digital.

b. Parámetro legal supletorio (y papel crucial del principio de transparencia)

Como ya se ha expuesto, el art. 6.2 PDCDig., de forma criticable y distinta del enfoque tradicional adoptado por el art. 5 PDCL, ha renunciado a consagrar *ex lege* un parámetro objetivo de contraste que garantice la aptitud de los contenidos digitales para los fines ordinarios de ese tipo de prestaciones de acuerdo con las expectativas razonables y, por tanto, extendidas de los consumidores¹³². Relega ese parámetro tradicional ya establecido para la compraventa de bienes en el art. 2.2.c) de la Directiva 99/44¹³³ a un papel supletorio o secundario, en función de lo que se haya fijado en el contrato con el debido respecto al principio de transparencia: así, el art. 6.2 PDCDig. establece que “*en el supuesto de que el contrato no*

subsanación de defectos de funcionamiento excluidos contractualmente pero *imprescindibles* para la correcta funcionalidad e interoperabilidad del contenido [cambio acaso asumible tornando el parámetro subjetivo en objetivo, aunque muy difícil de delimitar teniendo debidamente en cuenta los intereses de la industria digital] y la subsanación de cualesquiera otros defectos [cambio inasumible en una adecuada ponderación de intereses].

¹³⁰ Dado que la PDCDig. no adopta un período legal de conformidad (cfr. arts. 6.3 y 9), en caso de establecerse el deber de suministrar las actualizaciones imprescindibles de seguridad (o funcionamiento correcto, en su caso, a la luz de los programas y dispositivos existentes en el momento de suministro del contenido digital) parece más ponderado fijar un límite temporal no demasiado extenso (cfr. el plazo de cinco años para disponer de repuestos desde que cesó la fabricación establecido en el art. 127.1) , que conformar quiméricamente esa obligación de resultado de manera ilimitada.

¹³¹ Así, BEALE (2016, p. 27) ha propuesto ante el Parlamento Europeo incorporar la siguiente regla: el proveedor tendrá obligación de garantizar que “*the buyer is provided with future updates of the digital content which are designed to attain or maintain its functionalities, such as by closing security gaps, automatically and free of any extra charge*”. MAK (2016, p. 17) sugiere pensar en reflejar esas expectativas de los consumidores para los contenidos digitales que requieren actualización para funcionar. Por su parte, la francesa DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (2016, p. 3, apartado II.2) plantea la siguiente cuestión, a la luz del cdo. 43 y del posible entendimiento del consumidor de que el contenido digital será conforme de forma ilimitada al no existir un plazo concreto de garantía: “*n'existe-t-il pas une contradiction entre le fait de poser le principe selon lequel le contenu numérique ne s'use pas et le fait que nombre de contenus numériques nécessitent des mises à jour pour demeurer conformes, ce d'autant que le paragraphe 2 relatif aux critères objectifs de conformité ne fait pas mention des mises à jour éventuellement requises par le contenu numérique?*”.

¹³² Por poner un *ejemplo*, que no oculta la dificultad de determinar en cada caso y tiempo lo que sean las expectativas generalizadas en el entorno digital: en una *aplicación para escuchar radio por internet* en un ordenador o dispositivo móvil, en el momento actual no parece una prestación necesariamente esperable (aunque buena parte de las aplicaciones de ese tipo ya lo permitan y así lo anuncien) el grabar el contenido sintonizado, pero sí a la luz de los estándares del sector cabe esperar escuchar algo más que las emisoras que se captan exclusivamente en la ciudad del usuario; ahora bien, una falta de información y estipulación contractual clara sobre ambas funcionalidades conducirá al contraste de ambas carencias con el parámetro de comparación con aplicaciones similares del art. 6.2 PDCDig., acaso con resultados dispares en uno y otro caso.

¹³³ Que éste, a su vez, tomó literalmente del art. 35.2.a) del Convenio de Viena sobre compraventa de mercaderías.

establezca, cuando proceda, de forma clara y comprensible, los requisitos para los contenidos digitales de conformidad con el apartado 1, estos serán aptos para los fines a los que ordinariamente se destinen contenidos digitales del mismo tipo, incluida su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad” y aporta a continuación (“teniendo en cuenta [...]”) una serie de pautas para el caso de que deba entrar tal parámetro legal y objetivo subsidiario. Aún más evidente con el *designio de reducir al máximo los parámetros objetivos* en el régimen de la conformidad de los contenidos digitales es la *elusión total del otro criterio*¹³⁴, usualmente considerado como cumulativo con los demás (no disyuntivo)¹³⁵, que figura en la Directiva 99/44 (art. 2.2.d) y se mantiene en el art. 5.c) PDCL, a cuyo tenor los bienes “tendrán las *cualidades y capacidades de rendimiento normales* en bienes del mismo tipo y *que el consumidor pueda esperar dada la naturaleza de los bienes* y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor” u otras personas en la cadena de distribución del bien. Las críticas ya vertidas sobre la decisión de fondo pueden ser reproducidas aquí.

El *deber de transparencia*, tantas veces empleado en el acervo europeo de consumo en los mismos términos de formulación “de forma clara y comprensible” (“*in a clear and comprehensive manner*”, sin ir más lejos, en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas) se erige en un factor crucial de protección del usuario de contenidos digitales, en un doble sentido: por una parte, porque *el parámetro objetivo de conformidad sólo entrará en juego a falta de previsión contractual o cuando ésta carezca de la transparencia debida* (no ser suficientemente clara la descripción relativa a aspectos como la calidad, la funcionalidad, la interoperabilidad, la asistencia al consumidor o las actualizaciones que se le suministrarán); y, por otra parte, porque *la falta de transparencia, además, puede hacer entrar el régimen legal* (europeo de mínimos, con sus modulaciones nacionales al alza) *de las cláusulas abusivas, incluidas cláusulas que definen el objeto principal del contrato sobre contenidos digitales* como las recién apuntadas (calidad, funcionalidad, etc.), pues según el art. 4.2 de la Directiva 93/13, “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá” a este tipo de cláusulas “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

¹³⁴ Téngase presente que ambos criterios (existentes también en nuestro TR-LGDCU) confluirán en la mayoría de las ocasiones, englobando por tanto el de la *aptitud para los usos ordinarios* la mayoría de los casos de falta de *calidad y prestaciones habituales del bien* –criterio ausente en la PDCDig.–, pero podrían existir supuestos de falta de conformidad conforme al segundo [art. 2.2.c) Directiva 2011/83 = art. 116.1.b) TR-LGDCU], que no estén englobados en el primero [art. 2.2.d) Directiva 2011/83 = art. 116.1.c) TR-LGDCU]. Sobre ello, en el contexto del Derecho español, MARÍN LÓPEZ (2015, pp. 1698-1699); y antes del TR-LGDCU, AVILÉS GARCÍA (2006, pp. 284-287), entre otros; CASTILLA BAREA (2005, pp. 101-106, en especial, p. 102) sostenía que ambos criterios “bien podrían haberse aunado en uno solo”. La distinción entre bienes nuevos y bienes de segunda mano, aparejada a la referencia a la “naturaleza del bien” carece de relevancia en los contenidos digitales –cuestión distinta sin impacto el aspecto ahora abordado es el problema de la licitud o no de la reventa de contenidos digitales “usados”–.

¹³⁵ Cuando, en la Propuesta de Directiva de derechos de los consumidores (Bruselas, 8.10.2008, COM(2008) 614 final), en la que, como es sabido, se incluía además de lo que acabaría siendo la Directiva 2011/83 también el régimen de conformidad en la compraventa, se añadió la conjunción disyuntiva “o” entre el parámetro de los fines ordinarios y el de la calidad y rendimientos normales, la doctrina denunció con alarma la reducción del nivel de protección: por todos, EBERS (2010, p. 24), VAQUER ALOY (2011, p. 13, nota 23), con más referencias.

Dejando ahora de lado el alcance de las consecuencias legales de este inciso (o falta de incorporación, o abusividad directa como parece entender nuestro TS o abusividad ponderada conforme al régimen general de las cláusulas abusivas), lo cierto es que la evolución de la última jurisprudencia del TJUE perfilando siempre al alza el principio de transparencia en beneficio de los consumidores hace *pronosticar un uso muy activo de dicho principio/deber para garantizar ciertas expectativas del consumidor defraudadas subrepticamente por la formulación contractual de las prestaciones esenciales de los contenidos digitales*. Y en esta previsión de futuro no parece descabellado el trasvase a la postre de desarrollos jurisprudenciales del principio de transparencia propio de una normativa sectorial (que puede contener deberes reforzados de información) a otras normas de defensa de los consumidores¹³⁶, incluida, por tanto, la regla prevista en el art. 6.2 PDCDig.: en este sentido, pueden verse las interpretaciones del TJUE sobre en qué consiste la comprensibilidad, material y no sólo formal, de una estipulación en sede de cláusulas abusivas¹³⁷, si hay que adoptar la perspectiva del consumidor medio¹³⁸ (o la del concreto contratante) para evaluar la comprensibilidad, cuál es el momento en que debe cumplirse el deber de transparencia (antes y durante la ejecución del contrato, en tiempo útil, con la suficiente antelación, etc.) en sedes tan distintas como las normas relativas a los precios de suministro de gas y electricidad¹³⁹ o los reglamentos europeos sobre transporte aéreo¹⁴⁰.

En el momento de negociación de la propuesta de Directiva en que nos encontramos, debería también tomarse en consideración la oportunidad de *incluir en el deber de transparencia* cuya infracción puede desatar la falta de conformidad a tenor del parámetro objetivo indicado, *una referencia a que estas características esenciales de los contenidos digitales deberían figurar de una manera "destacada"*; la citada *UK Consumer Rights Act 2015* expresamente ha exigido (art. 64) que las cláusulas sobre el objeto principal del contrato no se evaluarán como abusivas si son *"transparent and prominent"*, en el sentido de llamar la atención del consumidor de manera que un consumidor medio hubiese reparado en la cláusula y la propia Comisión Europea al interpretar la Directiva 2011/83 ha hecho algunas sugerencias sobre la forma (voluntaria) en que las empresas podrían destacar con claridad esas prestaciones esenciales en el momento de la contratación¹⁴¹.

A la hora de calibrar la conformidad de los contenidos con ese canon objetivo supletorio, el art. 6.2 PDCDig. señala que se tendrán en cuenta tres factores:

¹³⁶ Sobre el argumento, con colación de las SSTJUE sobre esta materia, CÁMARA LAPUENTE (2015, pp. 598-560 y 593 y ss.)

¹³⁷ V. gr., SSTJUE de 30 abril 2014 (*Kásler*, asunto C-26/13) y 26 febrero 2015 (*Matei*, asunto C-143/13).

¹³⁸ STJUE de 26 febrero 2015 (*Matei*, asunto C-143/13, § 75).

¹³⁹ STJUE de 23 octubre 2014 (*Schulz*, asuntos C-359/11 y C-400/11).

¹⁴⁰ STJUE de 15 enero 2015 (*Air Berlin*, asunto C-573/13).

¹⁴¹ Vid. EUROPEAN COMMISSION (2014b, p. 69 y ss.), *DG Justice Guidance Document...*, cit.

- Art. 6.2.a) *“Si los contenidos digitales se suministran a cambio de un precio o por otra contraprestación no dineraria”*. La Propuesta de Directiva no realiza más precisiones sobre en qué estribará la diferente consideración, pero late en este inciso la idea de que las expectativas del consumidor deben ser menores y, por tanto, merecer menor protección legal, en caso de que no se haya pagado por el contrato de suministro un pago en dinero; el origen de esa regla en el art. 100.g) CESL antes de ser enmendada por el Parlamento Europeo así parece indicarlo¹⁴². Pero una vez apostado el legislador europeo ahora por el punto de partida de equiparar las contraprestaciones dinerarias con las contraprestaciones en datos (art. 3.1) por apreciar el valor económico de éstos, *tal previsión podría ser algo contradictoria según se interprete*. Por eso, un recto entendimiento del inciso consistiría en entender que si el contrato se concluyó a cambio de una contraprestación dineraria o no dineraria el consumidor tendrá derecho a exigir en el contenido digital los fines ordinarios de contenidos digitales de la misma especie, mientras que si el contrato fue enteramente gratuito esa expectativa no queda cubierta por la Propuesta de Directiva, que no incluye en su ámbito de aplicación los contratos gratuitos. Existe otra interpretación posible, basada en potenciar el literal de la disyuntiva planteada (*“a cambio de un precio o por otra contraprestación”*), descontextualizada de sus antecedentes: los fines para los que los contenidos digitales serán aptos serían los propios de contratos de suministro igualmente *“cuasi-gratuitos”* (pago en datos y no en dinero), no los propios de contratos celebrados a cambio de precio. A mi juicio, esta segunda interpretación, aunque posible, debería evitarse para evitar una segunda rebaja de la protección del consumidor: la primera, contractual-unilateral, la segunda por vía de hermenéutica legal.

- Art. 6.2.b) *“Cuando proceda, cualquier norma técnica internacional existente o, a falta de dicha norma técnica, códigos de conducta y buenas prácticas industriales”*. Ciertamente, se trata de pautas objetivas para averiguar cuáles son esos usos o funcionalidades estandarizadas y huir de impresiones meramente subjetivas. No obstante, no deja de ser curioso que para fijar las expectativas de los consumidores se apele exclusivamente a normas técnicas (¿sólo internacionales y no nacionales?)¹⁴³ y códigos de conducta generados por la propia industria sin obligatoria participación de las asociaciones de consumidores en su confección¹⁴⁴.

¹⁴² Como ya se explicó (*vid.* notas 72 y 74), el art. 100.g) CESL distinguía entre qué podía esperar el consumidor y qué no en función de si el contrato era gratuito o no (y en el primer caso carecía de los remedios por falta de conformidad según el art. 107, a excepción de un derecho limitado a indemnización por daños); esas previsiones de rebaja de expectativas ante contratos gratuitos seguían las recomendaciones de UNIVERSITY OF AMSTERDAM *et al.* (2011); las enmiendas del Parlamento Europeo introdujeron las *“contraprestaciones no dinerarias”* como contraprestación casi equivalente a la dineraria en esos preceptos, por lo que la forma de retomar la PDCDig. la distinción del art. 100.g) CESL puede alcanzar una dimensión distinta, pues ya la disyuntiva no es entre contratos a cambio de precio (altas expectativas) o sin precio (bajas expectativas), sino entre contratos onerosos donde la contraprestación es dineraria o no dineraria (altas expectativas) y contratos gratuitos (bajas expectativas).

¹⁴³ MAK (2016, p. 18). Llega a sugerir YANGUAS GÓMEZ (2012, p. 484) que deberían tomarse en consideración no sólo las prácticas de todo un sector industrial, sino también las conductas habituales típicas de una sola empresa en relación a características homogéneas de sus productos.

¹⁴⁴ SPINDLER (2016a, p. 152).

- Art. 6.2.c) “Cualquier declaración realizada por o en nombre del proveedor u otras personas en eslabones anteriores de la cadena de transacciones”, con las consabidas excepciones (similares en la Directiva 99/44, el CESL y la PDCL)¹⁴⁵ a favor del proveedor¹⁴⁶.

c. Parámetros legales inalterables contractualmente (integración/instalación y conformidad jurídica)

Fuera de los parámetros de conformidad explicitados en art. 6 PDCDig., teñidos todos éstos, con mayor o menor intensidad, por el sesgo subjetivista que permite al proveedor diseñar a su criterio las características, aptitudes y usos de los contenidos digitales de cuyo cumplimiento responderá “según se establece en el contrato”, los arts. 7 y 8 PDCDig. establecen otros dos parámetros auténticamente objetivos en los que la norma no deja la puerta abierta a esa modulación contractual. Estos dos parámetros son cumulativos con los anteriores¹⁴⁷ y, por tanto, en caso de incumplirse, el proveedor responderá por una falta de conformidad.

Por su parte, el art. 7 PDCDig., bajo el rótulo de “*integración de los contenidos digitales*”, acoge, debidamente adaptado a estos bienes inmateriales, la tradicional regla, proveniente de la Directiva 99/44, que el art 6 PDCLBienes formula como “instalación incorrecta” de los bienes. Por “integración”, en la PDCDig. (art. 2.2), se entiende la “conexión entre diferentes componentes de un ‘entorno digital’¹⁴⁸ para que actúen como un todo coordinado de conformidad con el fin previsto”. La Propuesta de Directiva establece que si el contenido digital ha sido incorrectamente integrado en el entorno digital del consumidor, cualquier falta de conformidad derivada de ese proceder se considerará legalmente como falta de conformidad, si los contenidos digitales fueron integrados por el proveedor o bajo su responsabilidad, o si estaba previsto que el consumidor los integrara y la incorrecta integración se debió a deficiencias en las instrucciones¹⁴⁹. Por lo tanto, una deficiente instalación de los contenidos

¹⁴⁵ Art. 2.4 en relación con el art. 2.2.d) de la Directiva 99/44; arts. 100.f) y 69 CESL; art. 5.c) PDCLBienes. Así como art. 116.1.d) TR-LGDCU.

¹⁴⁶ Que, según el art. 6.2.c) PDCDig., el proveedor demuestre: “i) que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera tal declaración, ii) que la declaración había sido corregida en el momento de celebrar el contrato, iii) que la declaración no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos digitales”.

¹⁴⁷ Según el art. 6.5 PDCDig., “para ser conformes con el contrato, los contenidos digitales *deben cumplir también* los requisitos de los artículos 7 y 8”; y estos dos preceptos omiten el omnipresente inciso del art. 6, “*as stipulated by the contract*”.

¹⁴⁸ Que, según el art. 2.8 PDCDig., es el “*hardware*, contenidos digitales y cualquier conexión a la red en la medida en que se encuentren bajo el control del usuario”.

¹⁴⁹ *Instrucciones de integración que*, explicita el art. 7.b) PDCDig. *in fine*, *se suministraron de acuerdo con el art. 6.1.c) – por tanto, sí hubo instrucciones como se preveía suministrarlas en el contrato– o no las hubo o el contrato no era suficientemente claro en este punto y, por tanto “deberían haber sido suministradas de acuerdo con el artículo 6(2)” (“should have been supplied in accordance with Article 6(2)”) –traducción propia mejor que la oficial de la Directiva [“o de conformidad con el artículo 6, apartado 2”] donde se pierde el matiz de la obligatoriedad cuando se infrinja el principio de transparencia–.*

digitales en los dispositivos o programas del consumidor que genere defectos de calidad, uso, accesibilidad, seguridad, impida las actualizaciones pactadas o haga el contenido inapto para los usos acordados con el consumidor –por citar sólo algunas de las más notorias faltas de conformidad– generará la responsabilidad del proveedor. Ahora bien, esa responsabilidad puede considerarse de tipo objetivo en caso de que el propio suministrador o alguien bajo su responsabilidad realizase la incorrecta integración, pues su obligación en este caso es de resultado, no de medios; mientras que en caso de que el consumidor hubiese realizado por sí mismo¹⁵⁰ el proceso de integración, el proveedor sólo responderá cuando las instrucciones suministradas produjeron la falta de conformidad (eran incorrectas, por tanto, o ambiguas o ininteligibles; o insuficientes para proceder en el entorno digital del consumidor; o, en último caso, no se suministraron instrucciones y no se advirtió de ello en el contrato con suficiente claridad), pero no responderá cuando, pese a existir las pertinentes y precisas instrucciones, fue una desviación de su aplicación por el consumidor u actos propios de éste lo que generó la falta de conformidad.

Aunque la regla, en su distribución de papeles y responsabilidades parece clara, las características del suministro de algunos contenidos digitales presentarán *situaciones dudosas*: así, por ejemplo, si para “descomprimir” y hacer operativo el contenido digital en el ordenador del consumidor éste emplea un programa estándar no prohibido en las instrucciones, pero en una versión antigua que al interaccionar con el contenido digital corrompe o deteriora éste, parece factible sostener la exoneración del proveedor, aunque dependerá de cómo formuló la recomendación, obligatoriedad o prohibición de emplear ciertos programas para integrar el contenido digital. Más dudas puede plantear el habitual canal de instalación de numerosas aplicaciones, que no son en sentido estricto integradas por el proveedor, sino que se ponen a disposición en plataformas (iTunes-Store, Google Play Store, etc.) y una vez iniciada su descarga el sistema operativo del teléfono, tableta u ordenador del consumidor se ocupa, con una rutina automatizada y sin instrucciones ad hoc, de la instalación; ciertamente el contenido digital ya no estará en la esfera de influencia del proveedor y el consumidor habrá autorizado e iniciado la instalación pero sin control sobre el proceso automatizado por lo que el problema se reconduce a una cuestión de carga de la prueba¹⁵¹ que, a la vista de las reglas de los arts. 9.1 (prueba del proveedor) y 9.2 PDCDig. (prueba del consumidor de la compatibilidad de su entorno digital), no siempre tendrá una solución fácil. La información contractual transparente suministrada por el proveedor acerca de los requisitos de instalación de nuevo cobrará una importancia capital para apreciar o no la falta de conformidad por una integración incorrecta.

En cuanto al segundo parámetro garantizado legalmente, esto es, la “conformidad jurídica”, el art. 8 PDCDig., bajo el rótulo “derechos de terceros”, establece que “en el momento en que los

¹⁵⁰ Dado que el acento en la interpretación del art. 7.b) PDCDig., similar al art. 2.5 Directiva 99/84, debería ponerse en la incorrección de las instrucciones y no en si fue el consumidor-contratante mismo quien las siguió u otra persona por cuenta de aquél (así respecto a la Directiva 99/84, VAQUER ALOY [2011, pp. 15-16), la responsabilidad del proveedor también existirá cuando otra persona distinta del consumidor realizó la integración siguiendo fielmente las instrucciones (incorrectas), incluso aunque mandatario fuese un profesional. En este sentido, interpretando el art. 116.2 TR-LGDCU, MARÍN LÓPEZ (2015, p. 1708).

¹⁵¹ Sobre este supuesto, SPINDLER (2016b, p. 219).

contenidos digitales se suministran al consumidor *deben estar libres de derechos de terceros, incluidos los basados en propiedad intelectual*, de forma que los contenidos digitales puedan utilizarse de acuerdo con el contrato”; además, el precepto especifica que dichos contenidos deberán mantener esa conformidad jurídica durante todo el tiempo de duración del contrato en aquellos contratos en que se acordó el suministro durante un período de tiempo. De esta manera se introduce para los contratos de suministro de contenidos digitales un criterio de conformidad no meramente material sobre la calidad de la prestación, sino también jurídica, al considerar como interferencias en el goce de los contenidos digitales, que suponen, por ende, un incumplimiento contractual, las pretensiones legítimas de terceros de impedir o limitar el uso o funcionalidades de los contenidos digitales suministrados. Se vencen de esta manera las reticencias a incorporar ese concepto de defectos jurídicos –que en nuestro sistema evoca la evicción y el saneamiento por gravámenes ocultos–, inexistente en la Directiva 99/44, al régimen de garantías en los contratos de consumo, pues como ya hiciera el CESL¹⁵², figura con tenor casi idéntico tanto en el art. 7 PDCLBienes como en el art. 8 PDCDig.

Este artículo, que se ciñe a la relación contractual entre el proveedor y el consumidor, en modo alguno puede oponerse por éste a las legítimas pretensiones del titular de los derechos de propiedad intelectual (o de otros derechos de terceros) si el suministro del contenido digital vulneró sus preexistentes derechos.

El proveedor deberá haber recabado las oportunas cesiones de derechos de los titulares de la propiedad intelectual o haber obtenido de ellos las licencias para los usuarios finales a los que suministra el contenido digital. Deberá asimismo haber celebrado los acuerdos necesarios para que la funcionalidad e interoperabilidad de los contenidos digitales se garanticen durante todo el período de duración del contrato; en caso de falta de conformidad por esta causa a partir de un momento del contrato (v. gr., el proveedor de un servicio de visualización de películas en *streaming* deja de tener licencia para poner a disposición una parte sustancial del catálogo que ofertaba en inicio) podría ser de aplicación el remedio de la resolución parcial establecido en el art. 13.5 PDCDig.

Dado que el art. 8.1 PDCDig. sólo considera que existe falta de conformidad (jurídica) cuando los contenidos no estaban libres de derechos en el momento en que estos se suministran (se sobreentiende, por tanto, en un contrato de tracto único con entrega de los contenidos digitales en soporte material o mediante su descarga desde la red)¹⁵³, los defectos jurídicos “sobrevinidos”, si llegaran a causar alguna perturbación en el uso del consumidor de los contenidos digitales no estarían cubiertos por el régimen de conformidad diseñado en la Directiva. Esa limitación, de entrada lógica, podría quizás causar algún perjuicio indeseado al

¹⁵² El art. 102 CESL, de forma mucho más detallada en cuanto a la normativa de propiedad intelectual aplicable en función del domicilio del consumidor o en cuanto al conocimiento de éste de los derechos de tercero, principiaba así: “(1) Los bienes y los contenidos digitales deberán estar libres de cualquier derecho o pretensión no manifiestamente infundada de terceros”.

¹⁵³ Por contraste con los contratos de duración determinada o indeterminada contemplados en el art. 8.2 PDCDig., en una contraposición que recorre toda la Propuesta de Directiva (sobre la posible clasificación de los contratos implicados en la PDCDig. por ese rasgo que apela a la dicotomía entre compraventa y servicios y las diferentes reglas que se les aplican, *vid.* SCHMIDT-KESSEL *et al.* [2016, pp. 61-62]).

consumidor si se acude a interpretaciones estrictas en casos como el siguiente: si los derechos que los terceros cedieron al proveedor para la explotación del contenido digital se extinguen tras el suministro, es posible que dicho proveedor no pueda con posterioridad cumplir con actualizaciones a las que se había comprometido durante un tiempo; aunque la aplicación del art. 8.1 podría dejar desasistido al consumidor, tanto la aplicación del art. 6.1.d (falta de conformidad por incumplir las actualizaciones acordadas)¹⁵⁴ como de los arts. 6.3 y 8.2, entendiéndose que dicha actualización comporta un contrato (¿adicional o el mismo?) de suministro a lo largo de un período de tiempo, conducirían a una falta de conformidad.

Si el suministrador constata en el contrato la existencia de limitaciones en las funcionalidades de los contenidos derivados de derechos de terceros subsistentes sobre el contenido digital suministrado, tampoco se producirá falta de conformidad con el contrato que así lo recogió. Dado que el canon de conformidad es poder usar los contenidos “de acuerdo con el contrato” (art. 8.1 *in fine dixit*), éste puede limitar la operatividad del contenido digital en función de los derechos limitados que el proveedor tenga. El conocimiento del consumidor de esas limitaciones impuestas por derechos de tercero le impedirá alegar falta de conformidad¹⁵⁵. Más problemática puede ser la cuestión –que no busca abordar este art. 8 PDCDig.– de la falta de información al consumidor sobre los límites establecidos legalmente (v. gr., régimen de las copias privadas o de la reventa de los contenidos digitales) que se aplicarán con independencia de si el contrato reprodujo o no la norma donde constan. Naturalmente, si la infracción de los derechos de terceros, sustancialmente en relación con la propiedad intelectual, se produce por actuaciones propias del consumidor, éste no estará legitimado para reclamar falta de conformidad por tal motivo¹⁵⁶.

2.3. Tiempo

La Propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales *no establece un período de garantía legal ni de presunción de falta de conformidad desde que el suministro se produjo* (cfr. art. 6 PDCDig.), como en cambio se hace tanto en la Directiva 99/44 como en el art. 8.3 PDCLBienes (dos años); tampoco al abordar las cuestiones relativas a la carga de la prueba e invertir ésta a favor del consumidor (art. 9 PDCDig., *vid.* en el epígrafe siguiente) se alude a ningún plazo de tiempo durante el cual la aparición de la falta de conformidad se presuma existente desde el inicio, salvo prueba en contrario. La doctrina se ha manifestado desconcertada por *esta “sorprendente” decisión legislativa*¹⁵⁷ que, sin duda, es la más inesperada de la propuesta. Tan sólo en el art. 6.3 PDCDig. se establece al respecto que “cuando el contrato establezca que los contenidos

¹⁵⁴ Aunque es bien posible que el proveedor incorpore una cláusula al contrato exonerándose de responsabilidad en caso de no poder suministrar actualizaciones por causa de derechos de terceros.

¹⁵⁵ En este sentido, la omisión en la PDCDig. de la regla contenida en el art. 102.4 CESL puede no ser relevante; según ese precepto, si el consumidor, al tiempo de celebrar el contrato conocía los derechos o pretensiones basados en la propiedad intelectual no podrá alegar falta de conformidad por esa causa.

¹⁵⁶ SPINDLER (2016b, p. 220).

¹⁵⁷ Señala SPINDLER (2016b, p. 223), que la decisión es a primera vista “*überraschend*”. Por su parte, MAK (2016, p. 19) indica que “*one of the most striking provisions of the proposed Directive is Art. 9*”.

digitales se suministrarán a lo largo de un período de tiempo, estos serán conformes con el contrato durante todo ese período”; la regla es lógica y equilibrada para los contratos de suministro de tracto sucesivo y, en particular, para contratos de “servicios” –por seguir la terminología del art. 2.1– de duración definida o indefinida, como puede ser el almacenamiento de contenidos en la nube digital, los servicios de disfrute en *streaming* de contenidos audiovisuales o los servicios procurados por las redes sociales en los que compartir e interactuar con los datos digitales es continuo mientras dure la relación jurídica.

Más dudas plantea el acierto de no establecer ningún plazo para la garantía de conformidad en los casos en que los contenidos se hayan producido con un suministro único. Una lectura superficial y errónea podría llevar a sostener que en tales casos la presunción de conformidad es ilimitada en el tiempo; esto no es cierto, por una parte, porque *sí existirán plazos de prescripción para ejercitar los remedios* por falta de conformidad que, muy desacertadamente para una norma de armonización de máximos, se dejan al albur de cada legislación nacional; y, por otra parte, porque debe recordarse que de *las únicas faltas de conformidad de las que responderá el proveedor serán las que “existan en el momento de suministro de los contenidos digitales”* (art. 10.b PDCDig.)¹⁵⁸. Aunque es bien cierto que en la mayoría de éstos las faltas se detectarán inmediatamente después del suministro (el archivo está corrupto o es de deficiente calidad, el CD o DVD no funciona en el reproductor, la aplicación se cuelga constantemente o no se puede acceder al contenido digital, por poner ejemplos comunes), también es posible que faltas de conformidad preexistentes se manifiesten con posterioridad en el tiempo, aunque no sea tan fácil poner ejemplos¹⁵⁹, pues en muchas ocasiones esas disfunciones provendrán de cambios en el entorno digital del consumidor (cambios de sistema operativo, actualizaciones de terceros, etc.), con lo que el proveedor se descargará de responsabilidad con la oportuna prueba (art. 9 PDCDig.). La *justificación* que la Comisión Europea da para esa decisión de no fijar un plazo legal de garantía es que “debido a su naturaleza, los contenidos digitales no son objeto de desgaste y con frecuencia se suministran a lo largo de un periodo de tiempo y no en una entrega única”¹⁶⁰; además, “el defecto en una copia habitualmente significa que todas las copias del contenido digital tienen el mismo problema”¹⁶¹. A estas razones cabe apostillar que tampoco en relación con la compraventa de bienes las faltas de conformidad vienen necesariamente por el desgaste.

¹⁵⁸ En palabras del cdo. 43 PDCDig., “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”.

¹⁵⁹ MAK (2016, pp. 21-22), quien no obstante sugiere que “*bugs and other hidden defects –other than accessibility problems– do not always become apparent immediately*”, por lo que sugiere que incluso un plazo de garantía de dos años sería corto y se manifiesta favorable a establecer un plazo de cinco años.

¹⁶⁰ Cdo. 43 PDCDig.

¹⁶¹ Lo añade a los dos anteriores –pero no figura en el cdo. 43– COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 48), que revela en este estudio de impacto de las propuestas que las asociaciones de consumidores reclamaban un largo o ilimitado período de garantía, mientras que las organizaciones empresariales reclamaban uno corto; en concreto, una inversión de la carga de la prueba de dos o seis meses como máximo (*ibidem*, p. 47).

Las legislaciones nacionales que han adoptado reglas *ad hoc* sobre la conformidad de los contenidos digitales han mantenido el enfoque del plazo legal de garantía durante el que la falta de conformidad se presume: así, en el Reino Unido, durante 6 meses (y prescripción de acciones a los 6 años)¹⁶². En los Países Bajos la extinción de derechos se produce dos años después de la notificación del defecto¹⁶³. Por su parte, el CESL (art. 105) también seguía, en su versión original y enmendada el enfoque del plazo de garantía legal. La decisión de excluir de la PDCDig. los supuestos “internet de las cosas” (contenidos digitales embebidos o insertados en bienes como parte integrante del mismo bien) harán que estos bienes/contenidos digitales sí tendrán en cambio un período de presunción de conformidad de dos años conforme a la PDCL¹⁶⁴ lo que, amén de problemas de coherencia, podría ocasionar dudas en los supuestos limítrofes o difíciles de calificar. Existen autores que sugieren fijar un plazo amplio (cinco años) de garantía legal de conformidad, entre otras cosas para evitar el argumento económico de que ante la indefinición legal la industria digital repercutirá al consumidor los posibles costes de esa falta de límites temporales¹⁶⁵.

El hecho de que la PDCDig. pretenda establecer una *armonización plena* supondrá, por tanto, que los Estados miembros no podrán mantener ni establecer un plazo en el que deba manifestarse la falta de conformidad, ni establecer una obligación del consumidor de notificar al proveedor sobre una falta de conformidad dentro de un plazo específico¹⁶⁶. En cambio, los *Estados miembros sí tendrán libertad para remitirse a sus propias normas de prescripción nacionales* “para garantizar la seguridad jurídica en relación las reclamaciones basadas en la falta de conformidad de los contenidos digitales”¹⁶⁷. Esta decisión de no fijar un plazo de garantía legal único para todos los Estados miembros y, en cambio, remitir a la discrecionalidad de éstos para establecer el plazo de prescripción que estimen oportuno no se aviene bien ni con la seguridad jurídica en las relaciones transfronterizas ni con los objetivos de la Directiva relativos al fomento de un auténtico mercado único digital sin barreras jurídicas –en este caso, más relevantes para los empresarios–, por lo que *debería repensarse*. Sin ir más lejos, dentro de España, una transposición de mínimos que no estableciese un plazo de prescripción *ad hoc* podría dar lugar a las siguientes *disparidades y perplejidades* (y los plazos internos ya son una muestra de las disparidades existentes entre los diversos Estados miembros): en los contratos sometidos al Derecho civil común del Código civil (*ex* art. 59.2 TR-LGDCU) el plazo de prescripción de las acciones derivadas de la transposición de esta PDCDig. sería de 5 años (art. 1964 CC, tras la

¹⁶² Art. 42.9 UK Consumers Rights Act 2015.

¹⁶³ COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 10).

¹⁶⁴ Manifiesta su preocupación por esta disparidad la DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (2016, p. 3).

¹⁶⁵ MAK (2016, pp. 19-22), que prefiere esa fijación temporal pero sugiere como alternativa la posibilidad de apelar a un “plazo razonable”.

¹⁶⁶ Ambas prohibiciones se resaltan en el cdo. 9 PDCDig. La primera también en el cdo. 43. Téngase presente que, al igual que en la PDCLBienes, la PDCDig. descarta la obligación de notificación del consumidor que obra en el art. 5.2 Directiva 99/44 (con carácter opcional para los Estados Miembros; *vid.* art. 123.5 TR-LGDCU).

¹⁶⁷ Cdo. 43 PDCDig. *in fine*.

reforma de 2015 que rebajó el plazo anterior de 15 años), mientras que si la relación estuviese sometida a Derecho catalán el plazo de prescripción sería de 10 años¹⁶⁸; eso si no se interpretase que procedería la aplicación directa del art. 123.4 TR-LGDCU (tres años) a “productos” digitales y, en su caso, analógica a “servicios” digitales o, acaso, en los mismos términos, la aplicación del plazo de prescripción, que “no podrá ser inferior a dos años desde el plazo pertinente para establecer la conformidad” que se fijase con la transposición de la PDCL. Si el legislador europeo no se decide a armonizar finalmente los plazos de prescripción en este ámbito, sería conveniente la fijación de un plazo nacional *ad hoc* que además fuera lo suficientemente amplio para no desvirtuar el efecto útil de la Directiva de suministro de contenidos digitales¹⁶⁹.

2.4. Prueba

Estrechamente ligado a lo anterior, pues, el art. 9 PDCDig. establece una reversión de la carga de la prueba favorable al consumidor, novedosa respecto a lo que serían las vigentes normas de conformidad¹⁷⁰. La carga de la prueba de la conformidad con el contrato en el momento de suministrar los contenidos digitales (o durante la duración del contrato de suministro continuado) corresponderá al proveedor. Pero como indica el art. 9.2 PDCDig. esta regla no se aplicará –no estará obligado a presentar ulterior prueba sobre conformidad, habrá de entenderse– si el proveedor demuestra que el entorno digital del consumidor no es compatible con la interoperabilidad y otros requisitos técnicos de los contenidos digitales y el proveedor ya hubiera informado al consumidor sobre dichos requisitos antes de la celebración del contrato. De nuevo, el despliegue de una transparente información precontractual (*disclosure rule*) sobre los requisitos de compatibilidad y funcionamiento de los contenidos digitales –que habrá de entenderse cubierta si se cumplen los deberes establecidos en los arts. 5 y 6 de la Directiva 2011/83– exonerarán al suministrador de tener que aportar más prueba sobre la conformidad; el contenido digital podrá no funcionar en el entorno digital del consumidor o presentar diversas deficiencias, pero si el proveedor ya alertó de forma clara y comprensible sobre cuáles eran los dispositivos y programas compatibles e incompatibles y suministró la información relativa a otros requisitos de funcionamiento (memoria del procesador necesaria, requisitos de la tarjeta gráfica, etc.) el consumidor no podrá alegar falta de conformidad con un contrato (o información precontractual que se integra en éste *ex art.* 6.1.a PDCDig.) que ya delimitaba tales cuestiones. Naturalmente, tras la constatación de la incompatibilidad y la prueba de la información previa por el proveedor, el consumidor podrá demostrar que dicha información no fue lo suficientemente clara, completa y comprensible o “demostrar que los contenidos digitales no son conformes con el contrato”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Art. 121-10 del Código civil de Cataluña.

¹⁶⁹ En esta línea, SPINDLER (2016b, p. 223).

¹⁷⁰ Pues no es el consumidor quien debe demostrar, en ningún momento, que la falta de conformidad, manifestada con posterioridad, ya existía *ab initio* (tampoco pasados seis meses, durante los cuales, según el art. 123.1 TR-LGDCU, se presume que las faltas de conformidad que se manifiesten en ese período posterior a la entrega de los bienes ya existían desde el principio *ex*), con la excepción del art. 9.2 PDCDig.

¹⁷¹ Como expresamente señala el cdo. 32 *in fine* PDCDig.

Las razones para establecer que la carga de la prueba de la conformidad recae sobre el proveedor son que dada la alta complejidad de los contenidos digitales, sus mejores conocimientos tecnológicos y acceso al *know-how*, el proveedor está en una posición mucho mejor que el consumidor de saber las razones por las que el contenido digital no cumple con lo estipulado contractualmente; también está el proveedor en mejor posición para evaluar si la falta de conformidad con el contrato se debe a una incompatibilidad del entorno digital del consumidor con los requisitos técnicos de los contenidos contractuales¹⁷². Menos confesada pero igualmente pragmática es la razón de evitar al consumidor difíciles pruebas cuando los distintos empresarios integrados en la cadena de distribución se echen la culpa unos a otros de la falta de conformidad¹⁷³.

Ahora bien, como el consumidor es el único que conoce los detalles de todo su entorno digital y como el proveedor no puede emprender determinadas actuaciones de verificación dentro de dicho entorno sin afrentar derechos fundamentales como el de la intimidad o sin conculcar otras normativas (protección de datos personales, *inter alia*; acaso incluso prácticas comerciales agresivas), el art. 9.3 establece de una forma bastante mesurada *un deber de cooperación del consumidor* para esclarecer “en la medida de lo posible y necesario” cuál es dicho entorno digital; en caso de no cooperar y, por ende, de impedir al suministrador determinar si ese entorno es o no compatible con los contenidos digitales suministrados, la carga de la prueba sobre la falta de conformidad con el contrato pasará a recaer en el consumidor. Para delimitar ese deber de la forma más acotada y limitada posible, el art. 9.3 establece que “la obligación de cooperar se limitará a los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor”. En este sentido, existe una amplia panoplia de medios técnicos que pueden ser más o menos invasivos: desde facilitar al suministrador informes sobre incidencias y problemas generados automáticamente, informes no automatizados enviados a iniciativa del consumidor, transmisión de datos sobre su conexión a internet, correos electrónicos respondiendo a las cuestiones del suministrador sobre las características técnicas y versiones del dispositivo y otros programas del consumidor, etc. Como señala el considerando 33 PDCDig., “sólo en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas en las que el mejor uso de otros recursos no resuelva el problema, también puede hacerse permitiendo el acceso virtual al entorno digital del consumidor”.

3. Responsabilidad del suministrador y remedios

El art. 10 PDCDig. establece los supuestos en los que el proveedor será responsable ante el consumidor. Para ello distingue tres escenarios: a) la *falta de suministro* del contenido digital, cuyo remedio establece en el art. 11 (derecho de resolución inmediata); b) *cualquier falta de conformidad que exista en el momento de suministrar* los contenidos digitales, cuyos remedios se desarrollan en los arts. 12 (saneamiento mediante puesta en conformidad o reducción del precio), 13 (resolución) y 14 (indemnización de daños y perjuicios); c) *cualquier falta de*

¹⁷² Ambas ideas constan en el cdo. 32 PDCDig.

¹⁷³ Es argumento esgrimido por las asociaciones de consumidores, recogido en COMISIÓN EUROPEA (2016c, p. 46), no en los considerandos de la PDCDig.

conformidad que tenga lugar durante un período de tiempo, cuando el contrato establezca que los contenidos digitales se suministrarán a lo largo de dicho período, en cuyo caso, además de los mismos remedios del supuesto anterior (arts. 12, 13 y 14); se aplicará también la regla del art. 15 cuando el suministrador altere la funcionalidad, interoperabilidad y otras funcionalidades de forma adversa para el consumidor y la regla del art. 16 sobre el derecho a denunciar los contratos de larga duración (más de 12 meses) o de duración indeterminada. En realidad, la dicotomía legal se fija entre la responsabilidad por no suministrar el contenido digital acordado y la derivada de suministrar un contenido no conforme con lo pactado que, a su vez, contiene alguna especialidad para el caso de los contratos de ejecución continuada.

3.1. Responsabilidad por falta de suministro: ¿sólo cabe resolver?

El art. 11 PDCDig. se reserva en exclusiva para disciplinar las consecuencias para el proveedor de no suministrar el contenido digital, antes de afrontar las faltas de conformidad en sentido estricto, en los artículos siguientes. Sin embargo, la redacción del art. 11 PDCDig. presenta bastantes dudas interpretativas, empezando por las que genera la propia traducción oficial presentada y siguiendo por la delimitación exacta del supuesto de hecho y el alcance de los remedios establecidos a la luz de la armonización máxima planteada. Esta estructura se seguirá ahora en el análisis del precepto.

En la versión en castellano publicada por la Comisión Europea, bajo el título de “subsanción del incumplimiento de suministro” (correlativo con la previsión del art. 10 acerca de que el proveedor será responsable “por cualquier incumplimiento en el suministro de contenidos digitales”), el art. 11 PDCDig. establece: “cuando el proveedor haya *incumplido en el suministro* de los contenidos digitales de conformidad con el artículo 5, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato inmediatamente en virtud del artículo 13”. La decisión de traducir “*any failure to supply*” (art. 10.a) o “*where the supplier has failed to supply the digital content*” por “incumplimiento de/en” el suministro, amén de otras cuestiones gramaticales, podría dar lugar al equívoco de incluir en dicho incumplimiento conforme a nuestra tradición jurídica no sólo lo que es el incumplimiento total (falta absoluta de suministro alguno) sino también el cumplimiento defectuoso que, en realidad, en el diseño de la Propuesta de Directiva, es una falta de conformidad con sus reglas *ad hoc*¹⁷⁴, que no permiten, como en aquel supuesto, el derecho de resolución inmediato. Por eso, y de acuerdo con el resto de versiones oficiales de la PDCDig. en diferentes lenguas además de la inglesa¹⁷⁵, debe entenderse que los arts. 10.a) y 11 PDCDig. versan sobre la *falta de suministro del contenido digital* en el momento pactado (esto es, de forma inmediata tras contratar, salvo acuerdo en contrario).

¹⁷⁴ V. gr., la falta de conformidad en la *cantidad*, que es un “incumplimiento” en el suministro se considera en la Directiva un cumplimiento no conforme con el contrato *ex art. 6.1.a) PDCDig.*

¹⁷⁵ Así, más equivalentes son las versiones oficiales italiana, francesa y alemana con la inglesa del título del art. 11, “*remedy for the failure to supply*” (“subsanción del incumplimiento de suministro” de la versión española): “*Rimedio per la mancata fornitura*”, “*Modes de dédommagement en cas de défaut de fourniture*”, “*Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung*”.

Un supuesto que podría plantear dudas de calificación, sobre todo en los contratos de duración continuada, es aquél en que el suministro inicialmente sí se realiza conforme a lo pactado pero con posterioridad se producen *interrupciones*. El considerando 35 PDCDig. aclara la cuestión y mantiene que las interrupciones del suministro que causen que los contenidos digitales no estén disponibles o accesibles para el consumidor “*en un breve periodo de tiempo*” deben *tratarse como una falta de conformidad con el contrato y no como una falta de suministro* (“incumplimiento en el suministro”, en la terminología oficial). Y aún añade: “en particular, el requisito de la *continuidad* adecuada de los contenidos digitales también *debe cubrir más que las interrupciones por un corto periodo de tiempo insignificante del suministro*”. Estas explicaciones auténticas del legislador merecen dos consideraciones: por una parte, el hecho de tratar las pequeñas interrupciones como falta de conformidad significa que para obtener satisfacción el consumidor deberá recurrir a la jerarquía de remedios de la PDCDig. sin tener derecho a una resolución inmediata, que corresponde sólo a la falta de suministro por suponer el incumplimiento grave de la obligación principal del proveedor; por otra parte, el remitir las interrupciones más largas al concepto de “continuidad” –que es una de las “características principales de funcionamiento” *ex arts. 6.1 y 12.5 PDCDig.*– significa que el consumidor perjudicado por ellas tendrá también derecho a la resolución pero dentro del orden de prelación fijado en la Directiva, por lo tanto, tras ensayar una infructuosa puesta en conformidad que subsane tales interrupciones. Ahora bien, frente a ese planteamiento legal, no parece descabellado sostener que si las pequeñas interrupciones son tan frecuentes¹⁷⁶ o finalmente tan prolongadas que el contenido digital (v. gr., el acceso al almacenamiento en red o a una red social o a un juego o aplicación en línea) no funciona con la “continuidad” que constituye una de sus características principales, el remedio resolutorio debería poderse ejercitar en primera instancia por el consumidor y no solo como un remedio subsidiario.

El supuesto de hecho de la “falta de suministro” que cubre el art. 11 PDCDig. contiene una remisión al art. 5. Según éste, el proveedor suministrará al consumidor o al tercero elegido por éste (incluyendo plataformas virtuales) los contenidos digitales “*de forma inmediata tras la celebración del contrato, a menos que las partes hayan acordado otra cosa*”. El retraso en el suministro (cumplimiento tardío no acordado) se trata en la Propuesta de Directiva como un incumplimiento grave y se equipara a la falta de suministro, de manera que el consumidor tendrá expedita la vía de la resolución inmediata. El carácter instantáneo de la transmisión o acceso a unos contenidos digitales usualmente estandarizados, con sencilla copia o puesta a disposición masiva una vez producidos, probablemente esté en la base de esa solución, que considera injustificado y grave el retraso. La regla, altamente proteccionista con el consumidor y a la par beneficiosa para fomentar la competencia en un mercado digital dinámico, *contrasta con la solución mucho más favorable al proveedor dispensada en sede de la Directiva 2011/83 para la entrega de los bienes comprados* (entre los que se clasifican los contenidos digitales suministrados en

¹⁷⁶ Desde otra perspectiva, defiende SPINDLER (2016b, p. 221) para el contexto de las redes sociales, que aunque la Directiva no contempla la posibilidad de resolver por supuestos de pequeñas interrupciones temporales de acceso, se podría argumentar que su reiteración sí da lugar a un incumplimiento grave de prestaciones esenciales que permite la resolución: “*auch hier kann man nur über das ‘wesentliche Leistungsmerkmal’ argumentieren, dass mehrfache kleine Verstöße auch eine gravierende Leistungsstörung darstellen*”.

soporte material): según su artículo 18¹⁷⁷, salvo acuerdo en contrario –o cuando el plazo se considere esencial–, el empresario entregará los bienes sin demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato; incumplido ese plazo el consumidor aún ha de emplazarle a proceder a la entrega en un plazo adicional y sólo si incumple este último el consumidor podrá resolver. Estas reglas seguirán siendo de aplicación al suministro de contenidos digitales mediante “soporte duraderos” que sirvan exclusivamente como transmisores de aquellos (CD, DVD, Blu-Ray, memorias USB, etc.), por expresa previsión del art. 3.3 PDCDig¹⁷⁸. La PDCLBienes carece de una previsión específica sobre las consecuencias de la falta de entrega de los bienes (cfr. art. 8). Por lo tanto, en el contexto de la PDCDig. una de las pocas diferencias en cuanto los *contenidos digitales suministrados con o sin soporte material*¹⁷⁹ estriba en el régimen del momento en que se estima incumplido el deber de entrega/suministro que da derecho, por tanto, a la resolución, más inmediata para la falta de suministro de contenidos digitales en línea, más aplazada en el comercio electrónico indirecto con distribución de los soportes tangibles de los contenidos digitales.

En cuanto a las consecuencias de la falta de suministro de los contenidos digitales (de acuerdo con momento fijado para ello en el contrato), el art. 11 PDCDig. exclusivamente se refiere al “*derecho a resolver el contrato inmediatamente en virtud del art. 13*”. Al tratarse de una Propuesta de Directiva de *armonización plena* o de máximos la pregunta que se debe plantear inmediatamente es: *¿la resolución es el único remedio disponible para el consumidor que no recibe los contenidos digitales contratados?* El tenor literal del precepto podría conducir a esa solución, aunque carece del refuerzo indubitado que daría una expresión como “*sólo tendrá derecho*”. El repaso de los considerandos que abordan el alcance de la armonización máxima (cdos. 9 y 10) tampoco desmiente ese resultado, pues, antes al contrario, entre las previsiones de las reglas nacionales que no se ven afectadas por la Directiva están “*las consecuencias de la resolución*” que se aplican además de las reglas restitutorias de la PDCDig., pero no se abre la puerta a añadir otros remedios adicionales. Al menos sí queda claro en el articulado que además de la resolución inmediata el consumidor tendrá derecho a (limitada) indemnización por los daños y perjuicios (art. 14.1 PDCDig.) ocasionados también por falta de suministro del contenido digital. ¿Y los otros dos remedios? Según el documento de la Comisión Europea de valoración de

¹⁷⁷ Similar al art. 66bis TR-LGDCU.

¹⁷⁸ Según este precepto, “a excepción de los artículos 5 y 11, la presente Directiva se aplicará a cualquier soporte duradero que incorpore contenidos digitales (...)”. Ratifica la aplicación de las reglas de la Directiva 2011/83 sobre entrega de bienes y los remedios por su incumplimiento el cdo. 12 PDCDig. Para una crítica sobre *la definición de “soporte duradero”* a estos efectos (art. 2.11 PDCDig. = art. 2.11 Directiva 2011/83) y su distinción del concepto de “soporte material” empleado por la Directiva 2011/83, pero no por la PDCDig., *vid. infra* nota 235.

¹⁷⁹ También existe una distinción más en cuanto a la forma de restitución de las contraprestaciones cuando se ejercita el derecho de resolución en el art. 13.2, letras d) y e)(i) PDCDig, amén de las precisiones sobre el tipo de “soporte duradero” que queda cubierto por la PDCDig. (el que sirva “exclusivamente como transmisor de contenidos digitales”, art. 3.3, no cuando éstos estén insertados en bienes, operando como parte integrante de ellos de cara a sus funciones principales).

impacto de la Directiva también serían de aplicación¹⁸⁰. Con estos antecedentes algo oscuros, quizás *debiera dejarse más claro en el mismo art. 11 PDCDig. que la resolución inmediata no es el único remedio* por falta de suministro del contenido digital y que el destino del artículo, si eso es lo pretendido, es poner la resolución al mismo nivel que la puesta en conformidad (en este caso, exigencia de ejecución); que no se excluiría la reducción proporcional del precio no ya por la disminución del valor de los contenidos (art. 12.4 PDCDig.), sino como compensación por el retraso en el suministro; y que la indemnización por los daños efectivamente ocasionados en el entorno digital del consumidor también está a su disposición (esto último sí contemplado ya en el art. 14). Si se desea que los remedios de la puesta en conformidad y la reducción de precio queden excluidos en el caso de falta de suministro por efecto de la armonización máxima sería deseable mayor precisión legislativa al efecto a la luz de las declaraciones coetáneas de la Comisión Europea.

Finalmente, cabe hacer dos consideraciones prospectivas sobre posibles cambios legales durante la negociación de la PDCDig. Por una parte, como se ha propuesto atinadamente¹⁸¹, la distinción entre “no suministro” y “falta de conformidad de lo suministrado” no será tan distinta cuando los contenidos digitales sí suministrados sean *gravemente* disconformes con lo pactado, por lo que el remedio resolutorio inmediato y no subsidiario debería estar al alcance del consumidor. Y, por otra parte, este art. 11 no contiene una regla sobre carga de la prueba¹⁸² de que el suministro se ha producido o se ha producido en el tiempo acordado, que, como tal prueba positiva, debería corresponder al proveedor.

3.2. Responsabilidad por suministro no conforme con el contrato

a. Formas de saneamiento y su jerarquía

En caso de faltas de conformidad de los contenidos efectivamente suministrados en tiempo, *la PDCDig. opta por mantener una jerarquía de remedios similar a la de la Directiva 99/44 (y la PDCL)*, en lugar de dar el paso de elevar la protección como hicieron ciertos Estados miembros en la transposición de la Directiva 99/44¹⁸³ y el propio CESL (también para los contratos sobre contenidos digitales)¹⁸⁴, consistente en dejar libre elección al consumidor del remedio más adecuado a sus intereses, incluida la posible resolución inmediata por falta de conformidad sin pasar por el previo intento de puesta en conformidad.

¹⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 47): “*In addition, the consumer would benefit from a range of remedies (bringing the digital content back to conformity, reduction of the price or termination of the contract) addressing both the failure to supply and lack of conformity of the digital content*”.

¹⁸¹ FAUVARQUE-COSSON (2016, p. 9).

¹⁸² Falta una regla paralela al art. 9 PDCDig., como denuncia la DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (2016, p. 4).

¹⁸³ *Vid. supra*, nota 95.

¹⁸⁴ Arts. 106.1 y 106.3.a) CESL.

Así, como explícita y sucintamente exponen los considerandos 36 y 37 PDCDig., la puesta en conformidad se erige como primer recurso (“*as a first step*”), en tanto que como segundo recurso o paso (“*as a second step*”) se considera la reducción de precio o la resolución contractual. Toda la (aún escasa) doctrina que ha examinado la PDCDig. ha subrayado el mantenimiento de este orden de prelación: el remedio primario por falta de conformidad es la puesta en conformidad y sólo si éste falla por las causas que enumera el art. 12.3 PDCDig., en un segundo escalón y como remedios subsidiarios en el mismo plano se encuentran la reducción del precio o la resolución – resolución que incluso la industria de contenidos digitales pretendía eliminar o relegar a un plano ulterior, al proponer que no operase si se ofrecían al consumidor descuentos o prestaciones adicionales durante un tiempo¹⁸⁵. Ahora bien, la *forma* en que el art. 12.3 PDCDig. consagra esa jerarquía entre las vías de saneamiento, en lo que es más bien parece ser una desacertada o incompleta remisión del art. 12.3 al art. 13.5 (en lugar de al art. 12.5 y al entero art. 13)¹⁸⁶ *podría, acaso forzadamente, dar pie a un interpretación distinta y, presumiblemente, desacorde con lo pretendido por la propuesta* de la Comisión Europea: esto es, que dicha jerarquía de remedios sólo operaría para los contratos de ejecución sucesiva o continuada (por la remisión del art. 12.3 en exclusiva al 13.5, que sólo de ellos se ocupa), mientras que para los contratos de suministro de ejecución única e inmediata la resolución del art. 12.5 (y su forma de ejercicio y consecuencias en el art. 13) estaría en el mismo nivel que el remedio de la puesta en conformidad. Como antes se indicaba, no parece ser esta la intención legislativa y por tanto debería enmendarse y esclarecerse la formulación normativa del orden de prelación contenido en el art. 12.3 PDCDig.

Las *causas* por las que el consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio “o resolver el contrato en virtud del artículo 13, apartado 5” (*sic*), son, según este art. 12.3 PDCDig.: a) si el remedio consistente en poner los contenidos digitales en conformidad resulta *imposible, desproporcionado o ilegal*; b) si el proveedor no ha completado la puesta en conformidad *en un período razonable* de tiempo desde que el consumidor le informó; c) si el remedio de la puesta en conformidad *causara inconvenientes mayores* para el consumidor; d) si “*el proveedor ha declarado, o así se desprende de las circunstancias, que el proveedor no pondrá los contenidos digitales en*

¹⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 47).

¹⁸⁶ Tras explicar los apartados 1 y 2 del art. 12 en qué consiste la “puesta en conformidad”, el art. 12.3 establece que el consumidor podrá exigir una reducción del precio “o resolver el contrato en virtud del artículo 13, apartado 5, si” la subsanación por puesta en conformidad no se produce o no se produce a satisfacción del consumidor. *La remisión sólo al art. 13.5 es la que resulta desconcertante, puesto que o se trata de una errata y la remisión debería haber sido al art. 12.5* (que es donde aborda los requisitos generales de la resolución, cuya forma de ejercicio y consecuencias se tratan en el art. 13 íntegro), o la remisión tan acotada al tratamiento de la *resolución parcial “sólo en relación con dicha parte del período de tiempo durante el que los contenidos digitales no han sido conformes con el contrato” concluido a cambio de precio para su suministro durante el período de tiempo establecido en él, es decir, sólo para contratos de ejecución sucesiva o continuada*. Puede que las sutiles diferencias que recorren la Directiva entre los contratos de suministro de ejecución única e inmediata y los contratos de ejecución sucesiva o continuada, hayan jugado una mala pasada al legislador al efectuar esta remisión, salvo que ésta sea realmente buscada (lo cual, dada su trascendencia, merecería explicación en los considerandos) o tenga otra explicación.

conformidad [en un plazo razonable, *sic*, añadido sólo por la versión en castellano]¹⁸⁷. No deja de ser llamativo que en esta última causa, que no tiene equivalente en el art. 3.5 de la Directiva 99/44 y que encuentra su origen en una previsión más general rescatada del CESL¹⁸⁸ (e igualmente replicada en el paralelo art. 9.3.d PDCL), con su paralelo en el propio Derecho civil común español según la interpretación jurisprudencial del art. 1124 CC¹⁸⁹, se deje sin consecuencia alguna el rechazo del suministrador a subsanar, aun en casos en que fuese razonable, posible, legal y proporcionado poner el contenido digital en conformidad en estos contratos de consumo; con esta previsión quedaría al arbitrio del suministrador atender o no a la pretensión del consumidor que en el art. 12.1 se configura como su derecho primario en caso de falta de conformidad (“el consumidor *podrá exigir*”), que es norma imperativa conforme al art. 14 PDCDig.¹⁹⁰ De darse por buena la versión oficial en castellano de tal previsión –lo cual es muy dudoso–, acaso podría hacerse una interpretación estricta (muy forzada) del inciso y no se admita el rechazo frontal e injustificado a subsanar¹⁹¹, sino sólo su resistencia a subsanar en un plazo razonable, lo cual en algunos contenidos digitales podrá ser cierto, pero en otros tiene poco sentido¹⁹². Y dado que el remedio resolutorio tiene requisitos estrictos (impedir las

¹⁸⁷ Las versiones oficiales de la Directiva en los otros idiomas consultados (inglés, alemán, francés e italiano) no hacen referencia alguna al inciso del plazo razonable.

¹⁸⁸ Aunque los arts. 110.3 y 111 siguen el patrón de la Directiva 99/44, el art. 116 CESL acoge lo que denomina “*resolución por incumplimiento previsible*” (cuya formulación toma del art. III.-3:504 DCFR, éste del art. 9:304 PECL y éste, a su vez, se inspiró en los arts. 71 y 72 del Convenio de Viena de 1980) en los siguientes términos generales –no, como en la PDCDig., formulados *ad hoc* para el incumplimiento del remedio de la puesta en conformidad–: “el comprador podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el vendedor ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución”. Ahora bien, como señala ZOLL (2012, p. 521), la regla está pensada para cuando el plazo de entrega en la compraventa aún no ha concluido, por lo que “*in B2C contracts (...) this situation is exceptional – usually the lack of conformity can be remedied until delivery, therefore the criterion of the certainty of the lack of conformity would be very seldom fulfilled*”. No obstante, el art. 111.2.b) CESL tal como resultó de la enmienda 199, aprobada en el Parlamento europeo incorporó ese mecanismo también para los casos en que el consumidor reclamó la puesta en conformidad específica: el precepto señaló que podría acudir a los otros remedios si “*the trader has implicitly or explicitly refused to remedy the lack of conformity*”.

¹⁸⁹ Pues, en efecto, la ya añeja exigencia de la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, más recientemente reformulada por nuestro TS en el sentido de que basta “una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato” (SSTS, 1ª, 3.7.1997 [Ar. 5479], y 4.12.1998 [9616], etc.), legitima al acreedor para tener por definitivo el incumplimiento e instar la resolución. La “frustración de las legítimas expectativas de las partes o del fin del contrato”, que acoge otra línea jurisprudencial (v. gr., STS, 1ª, 20.9.2001 [Ar. 6651], STS, 1ª, 14.2.2007 [Ar. 567], STS, 1ª, 31.5.2007 [Ar. 4336] o STS, 1ª, 25.10.2013 [Ar. 7257], entre otras, conduce al mismo resultado resolutorio en nuestro sistema.

¹⁹⁰ Y *vid. infra* las implicaciones de la STJUE 16.6.2011 (*Weber/Putz* al respecto).

¹⁹¹ En cuyo caso el legislador europeo quizás podría optar, si quisiese extremar la protección del consumidor en este ámbito, por introducir algún tipo de sanción, como por ejemplo la devolución del doble del precio pagado, como establece, por ejemplo, el art. 66.bis.3 TR-LGDCU al transponer al alza el art. 18 de la Directiva 2011/83 en punto al retraso en la devolución de cantidades por el empresario tras la resolución por falta de entrega de los bienes.

¹⁹² Pues entonces le bastaría al proveedor con la alegación de esa posible demora, que en la mayoría de los contenidos digitales desemboca en arbitrariedad por la posibilidad de reparar de forma instantánea (nueva

funciones principales), el consumidor podría quedar atrapado en un contrato cuyo cumplimiento ya no le interesa por una falta de conformidad que no se subsanará, restándole sólo el remedio de la reducción del precio. Como se ve, lo que inicialmente parece haberse previsto para autorizar al consumidor a pasar al siguiente nivel de remedios por previsible incumplimiento del empresario, puede en algunos casos minar la buscada efectividad de la protección al consumidor.

Este diseño del carácter subsidiario de la resolución (incluida la regla del art. 12.3.d PDCDig.) suma un argumento más a los esgrimidos por asociaciones de consumidores y parte de la doctrina para *reclamar que el derecho a la resolución por falta de conformidad de las características principales del contenido digital fuese un remedio disponible en primera instancia* por el consumidor¹⁹³ el cual, con este derecho, tendría además un robusto instrumento de negociación¹⁹⁴ que potenciaría los estándares de calidad y una más activa competencia entre empresas. Además, la prelación de remedios mantenida por la PDCDig., si se contrasta con el Derecho general de obligaciones y contratos de muchos Estados miembros (incluida España), supondrá una rebaja respecto al Derecho existente, pues dicha jerarquía no existe fuera de la “compraventa” de consumo –y no todos los contratos de suministro encajan en ese tipo contractual– y la resolución está disponible como remedio directo ante incumplimientos graves del programa obligacional.

b. La puesta en conformidad

El remedio o forma de subsanar primaria y prioritaria que puede exigir el consumidor es que “los contenidos digitales sean puestos en conformidad con el contrato” (*“have the digital content brought into conformity with the contract”*) con los rasgos, límites, tiempo y forma establecidos en el art. 12.1 PDCDig. Se trata, por tanto, de reclamar el cumplimiento o ejecución específica del contrato que se corresponde con lo que, en la compraventa de bienes, serían los remedios de *reparación* o *sustitución* del bien recogidos tanto en la Directiva 99/44 (art. 3.2-4) como en la PDCLBienes (arts. 9.1-2 y 10-11). El carácter proteico de los contenidos digitales y las diversas fórmulas que cada uno requerirá para la puesta en conformidad *hacen que esa dicotomía desaparezca en la PDCDig. y, por tanto, también, la facultad del consumidor de elegir entre reparación y*

copia sin defectos, nuevo acceso al servicio, descarga de la versión pactada, etc.) buena parte de las faltas de conformidad.

¹⁹³ Lo sugiere algún autor, como FAUVARQUE-COSSON (2016, pp. 5 y 9), para los supuestos de clara falta de conformidad. En el contexto de la PDCLBienes, *vid.* SMITS (2016, pp. 13 y 16). También para la PDCDig., critica desde el Parlamento Europeo MANKO (2016, pp. 27-28) la jerarquía de remedios, tanto por su repaso respecto al Derecho contractual general de varios Estados Miembros, que examina, como por la diferente *ratio* respecto a la PDCLBienes, donde es más claro que en el contexto digital el ahorro de costes por devoluciones para los proveedores.

¹⁹⁴ En este sentido MAK (2016, p. 24), que pone en balanza como contraargumentos a favor de la jerarquía de remedios que la oportunidad de subsanar el empresario puede ser una solución económicamente eficiente y, al ser regla similar a la de la Directiva 99/44 además elude diferencias problemáticas en supuestos mixtos como contratos que combinan compraventa y contenidos digitales, como un lector de libros electrónicos con algunos de éstos incluidos.

*sustitución*¹⁹⁵, pues quedará a criterio del proveedor la manera en que el contenido queda subsanado para ser plenamente conforme con el contrato, primando de esta manera el análisis pragmático de coste/beneficio. Así, por ejemplo, en ocasiones bastará con suministrar actualizaciones o con poner a disposición del consumidor una nueva copia del contenido digital¹⁹⁶; en otras ocasiones, la reparación mediante “parches” para programas de ordenador o aplicaciones será el remedio idóneo, antes que la sustitución, por ejemplo, en programas diseñados a la medida solicitada por el consumidor; en servicios de almacenamiento en red o interacción con otros usuarios en redes sociales las categorías de reparación o sustitución podrán ser irrelevantes, pues la puesta en conformidad se producirá mediante la restauración del acceso a los datos¹⁹⁷; en otras ocasiones la puesta en conformidad se conseguirá simplemente con el suministro de unas nuevas y adecuadas instrucciones o de asistencia al consumidor; etc.

En cuanto a los *rasgos* de la puesta en conformidad, en primer lugar, ésta será *gratuita* (“sin cargo alguno”). Como aclara el cdo. 36 PDCDig. *in fine*, “en particular, el consumidor no debe incurrir en ningún coste asociado al desarrollo de una actualización de los contenidos digitales”. La PDCDig. no especifica *otros tipos de gastos*, como sí hacía el art. 3.4 de la Directiva 99/44: los gastos de envío, los costes de mano de obra y los materiales. Dado que esa enumeración tiene carácter indicativo y no exhaustivo¹⁹⁸ y que algunos tendrán sentido y otros no en el contexto digital¹⁹⁹, la gratuidad contemplada en la PDCDig. se extenderá a cualesquiera gastos. En cuanto a los gastos derivados de la *desinstalación del contenido digital y la re-integración* del nuevo contenido en el entorno digital del consumidor –en caso de existir tales gastos–, habría que aplicar la doctrina sentada en la STJUE de 16 de junio de 2011 (*Weber/Putz*), de manera que correrán a cargo del proveedor, con los matices de la sentencia y las adaptaciones que pueda merecer en el contexto digital²⁰⁰.

Además de la gratuidad (art. 12.1), el art. 12.2 PDCDig. establece otros dos rasgos de la puesta en conformidad: por una parte, el proveedor deberá cumplir con su obligación “en un *plazo razonable* desde que el momento en que el consumidor haya informado al proveedor sobre la

¹⁹⁵ Como resalta el cdo. 36 PDCDig., el proveedor podrá seleccionar la forma específica de puesta en conformidad. Cfr., por su parte, los términos de la elección por el consumidor en el art. 10 PDCLBienes.

¹⁹⁶ Cdo. 35 PDCDig.

¹⁹⁷ MAK (2016, p. 24).

¹⁹⁸ STJCE de 17 de abril de 2008, *Quelle AG vs. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, asunto C- 404/06, § 31.

¹⁹⁹ Algunos de ellos sí tendrán sentido en función de la forma de suministro de los contenidos digitales (v. gr., cuando el se produjo su envío mediante soporte material), pero no tendrán mayor sentido en otros (v. gr., descargas en red, donde no habrá gastos de envío ni por materiales si lo suministrado es una copia del contenido o una versión actualizada).

²⁰⁰ STJUE de 16 de junio de 2011, *Gebr. Weber GmbH vs. Jürgen Wittmer, e Ingrid Putz vs. Medianess Electronics GmbH*, asuntos C-65/09 y C-87/09; sobre ella, *vid. infra* nota 205.

falta de conformidad”²⁰¹; no se establecen plazos fijos para el ejercicio del derecho a exigir la puesta en conformidad ni para el cumplimiento de la obligación del proveedor, debido a la diversidad de los contenidos digitales, de forma que lo que podría ser un plazo razonable para un tipo de contenido digital podría ser demasiado corto o largo para otro; de ahí que se aluda a un período de tiempo “razonable”²⁰². Por otra parte, y con plena fidelidad a la regla diseñada en el art. 3.3 *in fine* de la Directiva 99/44 (= art. 9.2 PDCL), la puesta en conformidad debe realizarse “*sin mayores inconvenientes*” para el consumidor habida cuenta de la naturaleza de los contenidos digitales y de la finalidad que éstos tuvieran para el consumidor; un ejemplo de tales inconvenientes sería el empleo de medios intrusivos en el entorno digital del consumidor para buscar una reparación del contenido digital, cuando la sustitución o mero envío de otra copia o actualización subsanase a plenitud la falta de conformidad, sin mayores dilaciones.

El remedio de la puesta en conformidad cuenta con *límites*, pues no podrá exigirse si es “imposible, desproporcionada o ilegal”. El art. 12.1 PDCDig., siguiendo sus antecedentes²⁰³, explica el rasgo de la “*desproporción*”: ésta tendrá lugar si impone costes al proveedor que no sean razonables, teniendo en cuenta a) el valor que tendrían los contenidos digitales si fueran conformes con el contrato y b) la relevancia de la falta de conformidad con el contrato “para cumplir los fines a los que ordinariamente se destinen contenidos digitales del mismo tipo”. Curiosamente en esta última regla sí se apela a un canon objetivo que se corresponde con las legítimas expectativas del consumidor, canon tan subestimado al definir los criterios de conformidad de los contenidos digitales y que, en cambio, está ausente tanto en la Directiva 99/44 como en la PDCL²⁰⁴ que abordan la desproporción “relativa” (de comparación de un remedio frente al otro, reparación *vs.* sustitución), comparación que carece de sentido en la PDCDig. que sólo alude a la puesta en conformidad y deja en manos del proveedor forma de subsanación específica. El legislador, por tanto, al haber eliminado la dicotomía de remedios englobados en la noción de “puesta en conformidad” puede prescindir de doctrina de la STJUE de 16 de junio de 2011 (asuntos *Weber/Putz*)²⁰⁵ en lo atinente a la interpretación de que se

²⁰¹ La única diferencia con la Directiva 99/44 y con la PDCLBienes en este punto es explicitar el *dies a quo* desde el que el plazo razonable comienza a contarse, es decir, desde la notificación de la falta de conformidad. Tal notificación, cabe entender, podrá efectuarse por cualquier medio, ya que el art. 12.2 sólo alude a “informar” al proveedor y, *a fortiori*, el art. 13.1 establece para el remedio resolutorio, más agresivo hacia la conservación del contrato, que el consumidor podrá comunicar su notificación “por cualquier medio”.

²⁰² *Vid.* cdo. 36 PDCDig.

²⁰³ Art. 3.3 Directiva 99/44; en términos casi idénticos a la PDCDig., plantea el art. 11 PDCLBienes el criterio de la desproporción relativa al diseñar la facultad de elección del consumidor entre reparar y sustituir.

²⁰⁴ Lo cual no deja de ser doblemente curioso, pues el inciso de los usos ordinarios como parámetro de contraste se elude en el art. 11.b PDCLBienes (que escuetamente sólo se refiere para calibrar si los costes son desproporcionados a “la relevancia de la falta de conformidad con el contrato”), en una Propuesta de Directiva que sí incluye aquel requisito legal objetivo como parámetro de conformidad (art. 5 PDCLBienes), a diferencia de la modulación contractual que permite el art. 6.2 PDCDig.

²⁰⁵ Según el § 68 de la STJUE de 16 de junio de 2011 (*Weber/Putz*), “si bien el artículo 3, apartado 3, párrafo primero, de la Directiva se formula, en principio, de manera suficientemente abierta para poder englobar igualmente casos de desproporción absoluta, dicho artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, define el término «desproporcionado» exclusivamente en relación con la otra forma de saneamiento, limitándolo así a los casos de

consagraba en la Directiva 99/44 una desproporción relativa, pero no debería prescindir de su solución final, esto es, que si es posible la puesta en conformidad y no es (objetivamente) desproporcionada, deberá acometerla²⁰⁶. En otro ámbito, la novedosa incorporación de la “ilegalidad” (también en el art. 11 PDCL) parece tener más sentido en caso de ilegalidad sobrevenida, pero podría relacionarse con una falta de conformidad jurídica *ab initio* por preexistir derechos de terceros (art. 8 PDCDig.) que impiden la plena funcionalidad y, por ende, al seguir afrentando la legalidad y no poder subsanarse, franquearían la vía a los ulteriores remedios a disposición del consumidor.

Finalmente, pese al paralelismo entre la PDCLBienes y la PDCDig. en relación con este remedio, la última *no acoge* en cambio el novedoso *derecho a suspender el pago* de cualquier parte pendiente del precio hasta que el vendedor haya puesto los bienes en conformidad con el contrato que instaura el art. 9.4 PDCL. No se ve razón²⁰⁷ para no establecer el mismo derecho en relación con los contratos de suministro de contenidos digitales, máxime cuando esa regla, procedente de los arts. 106.1.b, 109.6 y 111.2 CESL también podría ser aplicable a ellos, como así se patrocinaba en el CESL²⁰⁸. De hecho, uno de los dos países que ya ha aprobado una regulación *ad hoc* para estos contratos, como es el caso de los Países Bajos, concede al consumidor ese derecho de suspensión o retención del pago²⁰⁹.

desproporción relativa. Por lo tanto, del texto y del sistema del artículo 3, apartado 3, de la Directiva se desprende claramente que tal artículo se refiere a ambas formas de saneamiento previstas en primer lugar, es decir, la reparación o la sustitución del bien no conforme” (...); y según su § 71: “resulta patente, por ende, que el legislador de la Unión pretendió otorgar al vendedor el derecho a negarse a la reparación o a la sustitución del bien defectuoso únicamente en caso de imposibilidad o de desproporción relativa. En consecuencia, en el supuesto de que resulte posible sólo una de estas dos formas de saneamiento, el vendedor no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato”. Y apelando a la prioridad de la ejecución del contrato frente a la resolución o reducción del precio, no sólo por el principio de conservación del contrato, sino porque “estos dos últimos medios subsidiarios no permiten garantizar el mismo grado de protección del consumidor” (§ 72), concluye que el art. 3.3 de la Directiva “se opone, por consiguiente, a que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a rechazar la única forma de saneamiento posible, debido a la desproporción absoluta de ésta” (§ 73), pero “no se opone a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme. En efecto, tal limitación deja incólume el derecho del consumidor a solicitar la sustitución del bien no conforme”. Para un análisis del alcance de la sentencia *Weber/Putz*, por todos, GARCÍA RUBIO (2013) y MARÍN LÓPEZ (2011).

²⁰⁶ Y de ahí la crítica que antes (apartado 3.2.a) se hizo a las opciones de liberación que abre al proveedor el art. 12.3.d) PDCDig. al poder declarar que no pondrá el bien en conformidad.

²⁰⁷ Salvo alegaciones de política legislativa relacionadas con soluciones equilibradas que, en este caso, habrían inclinado la balanza sin mayores explicaciones a favor de la industria de contenidos digitales. Dado que la propia Comisión Europea plantea que el debate de la PDCDig. y de la PDCLBienes debe ser conjunto y simultáneo (*supra*, nota 30), parece precisa mayor justificación.

²⁰⁸ Y, por ende, si un incremento de la defensa del consumidor en un instrumento opcional podía ser más discutible de cara a que las partes eligieran aplicarlo, en cambio tiene mayor justificación al amparo de los objetivos protectores de la UE en una Directiva.

²⁰⁹ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 10).

c. La reducción del precio

Este remedio, escuetamente delimitado en el art. 12.4 PDCCDig., es sencillo, fácil de implementar y en muchos casos supondrá una solución adecuada para el consumidor que, pese a la falta de conformidad, encuentre atractivo quedarse a menor precio con el contenido digital defectuoso que aún es adecuado a sus fines e intereses, sin resolver, por tanto, y sin buscar el mismo contenido en un competidor. Así podrá suceder con contenidos musicales o audiovisuales de una calidad inferior a la anunciada pero que satisfacen el deseo del consumidor de escuchar o ver esas obras; o con el envío de un álbum de música distinto del solicitado porque no está finalmente en el catálogo del proveedor; o con determinados defectos de una aplicación que recortan las prestaciones contratadas pero éstas aún son suficientes para los fines perseguidos por el consumidor. El remedio, además, podrá ser particularmente equilibrado para ambas partes cuando los contenidos digitales se hayan desarrollado según las especificaciones del consumidor²¹⁰. La reducción del precio que, obviamente es un remedio que sólo puede activarse en contratos en los que se ha pagado tal precio y no en aquellos en que la contraprestación no es dineraria, deberá ser “proporcionada a la disminución del valor de los contenidos digitales recibidos, en comparación con el valor que tendrían los contenidos digitales si fueran conformes con el contrato”. Se trata de una previsión idéntica a la establecida en el art. 12 PDCLBienes y novedosa respecto a la Directiva 99/44, que sólo se refería a una reducción “adecuada” del precio.

Ahora bien, el carácter sucinto del precepto plantea algunas cuestiones. En primer lugar, *¿la reducción de precio es compatible con la indemnización de daños prevista en el art. 14 PDCCDig.?* La respuesta debe ser positiva, pues las pretensiones indemnizatorias o compensatorias son distintas: en el art. 12.4 se compensa el menor valor (*quanti minoris*) del contenido digital respecto a uno plenamente conforme con el contrato, mientras que en art. 14 se indemnizan los daños económicos que ese contenido no conforme con el contrato ocasiona en el entorno digital del consumidor²¹¹. En el sistema diseñado por el CESL el sistema de compatibilidades quedaba más claro²¹².

En segundo lugar, dado que la PDCCDig. sitúa en el mismo (segundo) nivel los remedios de la reducción del precio y la resolución, a elección del consumidor, *si éste sólo ejercita la resolución contractual y no cumple los requisitos para obtenerla* (v. gr., la falta de conformidad no versa sobre características principales del contenido digital), *¿habrá perdido el derecho a ejercitar el remedio de la reducción del precio?* A falta de previsión expresa en la PDCCDig. parece razonable aplicar la

²¹⁰ Ambos tendrán mayor interés en la conservación del contrato cuando se trate de contenidos digitales de tipo infungible, más que en aquellos creados en masa con carácter fungible y con diversos posibles proveedores.

²¹¹ La posibilidad de reclamar indemnizaciones por otros daños depende de la respuesta que se dé al alcance (de máximos o no) del art. 14 PDCCDig. *Vid. infra*, apartado 5.

²¹² Según el art. 120.3 CESL, que no tiene paralelo en el art. 12 PDCCDig., “cuando un comprador reduzca el precio no podrá reclamar además una indemnización en concepto de compensación por la pérdida sufrida, pero conservará el derecho a percibir una indemnización por otras pérdidas que pueda padecer”.

doctrina establecida por la STJUE de 3 de octubre de 2013 (caso *Soledad Duarte*)²¹³ respecto a la Directiva 99/44 y responder negativamente: no sólo el consumidor no habrá perdido esa alternativa, pues la PDCDig. no establece expresamente la pérdida del derecho de reducción si no prospera la resolución (ni, a la inversa, cabría decir, a pedir la resolución si se cumplen los requisitos y el proveedor no se aviene a una reducción proporcionada del precio)²¹⁴, sino que incluso, según la citada STJUE, los tribunales deberán poder de oficio reconocer el derecho del consumidor a obtener una reducción proporcional del precio aunque no lo hubiese solicitado en su *petitum*, centrado exclusivamente en una resolución que no prospera.

En tercer lugar, como se ya expuso (*supra*, 3.1), no queda claro en la PDCDig. si ante el suministro tardío de los contenidos digitales, que la norma equipara en calificación a la falta de suministro, el consumidor podrá recurrir a la reducción del precio –con un parámetro de cálculo distinto del establecido en el art. 12.4– o si los únicos remedios a su disposición son la resolución y la indemnización por daños en el entorno digital del consumidor.

d. Resolución e indemnización (remisión)

Dado que ambos remedios están a disposición del consumidor no sólo ante un suministro de contenidos digitales no conformes con el contrato, sino también por falta de suministro, y dado que ambos revisten una novedad y complejidad destacables en la PDCDig. se examinarán en los siguientes epígrafes autónomos con especial atención.

4. En particular, la resolución del contrato

La resolución contractual viene disciplinada en varios pasajes de la Propuesta de Directiva, aunque donde se establece su forma de ejercicio y consecuencias es en el art. 13 PDCDig., de aplicación común, por tanto, tanto a la resolución derivada de falta de suministro como a la propiciada por una falta de conformidad (cualificada) de lo suministrado. Previamente, el art. 11 se remite a ese precepto para regular la resolución que deriva de un retraso o falta de suministro (*vid. supra*); el art. 12.3 establece la jerarquía de remedios por falta de conformidad con el contrato del contenido suministrado, relegando, de forma debatible (*vid. supra*), el remedio resolutorio a un papel subsidiario respecto a la ejecución específica o puesta en conformidad; y, finalmente, el art. 12.5 establece los requisitos específicos para que la resolución pueda prosperar en casos de falta de conformidad del contenido digital con el contrato, que se examinarán a continuación, junto con el referido art. 13 PDCDig.

4.1. Requisitos de la resolución por faltas de conformidad

a. Resolución sólo por faltas que afecten a las prestaciones principales del contenido digital

²¹³ STJUE de 3 de octubre de 2014, *Soledad Duarte Hueros vs. Autociba, S.A., Automóviles Citroën España, S.A.*, asunto C-32/12.

²¹⁴ Por lo demás, no existe en la PDCDig. una previsión como la del art. 119.1 TR-LGDCU.

A la hora de decidir si la resolución podía operar con una mayor o menor flexibilidad, el legislador europeo *tenía al menos cuatro opciones*: según la primera, para resolver, la falta de conformidad debe constituir un incumplimiento esencial (*fundamental non performance*), como era la regla en contratos entre empresarios en el CESL²¹⁵ o en el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías²¹⁶; según la segunda opción, la falta de conformidad debería ser al menos de cierta entidad –sería la regla propia del art. 3.6 de la Directiva 99/44: “El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia”–; según la tercera opción, cercana a la anterior, la resolución sólo queda excluida si la falta de conformidad es “insignificante”: esta era la regla del art. 114.2 CESL para los contratos de consumo de suministro de contenidos digitales²¹⁷; finalmente, según una cuarta opción, el consumidor podría resolver incluso en caso de faltas de conformidad menores o incluso insignificantes, si ha fallado o no es viable la puesta en conformidad (reparación/sustitución): esta es la opción de la PDCL, que no establece requisitos *ad hoc* sobre la gravedad del defecto²¹⁸.

Pues bien, a primera vista la PDCDig. se decanta por la solución menos favorable al consumidor, al adoptar un criterio cercano al que el CESL proponía sólo para las relaciones entre empresarios. Ciertamente, esta decisión merece crítica, por suponer una rebaja en el nivel de protección del consumidor, bien se la compare con el Derecho preexistente (*ex* Directiva 99/44) o con el CESL²¹⁹ o bien se la compare con la solución de la coetánea PDCL²²⁰; si en el contexto de la compraventa en línea y a distancia de bienes se considera que la resolución (subsidiaria) por cualquier falta de conformidad “debe suponer un fuerte incentivo para subsanar todos los casos de falta de conformidad en una fase temprana” (cdo. 29 PDCL) no parece que existan poderosas razones para no adoptar la misma regla en el ámbito de los contratos de suministro sobre contenidos digitales, o al menos no se explicitan tales razones en el texto propuesto y sus explicaciones oficiales.

²¹⁵ Art. 87.2 CESL.

²¹⁶ Art. 49.1.a) CISG, en las siglas al uso. La regla, en relaciones entre empresarios, es similar en el art. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT para los contratos del comercio internacional.

²¹⁷ Según el art. 114.2 CESL, “en un contrato de compraventa de bienes de consumo o de suministro de contenidos digitales entre un comerciante y un consumidor, cuando el incumplimiento se deba a que los bienes no son conformes con el contrato, el consumidor podrá resolver el contrato, salvo que la falta de conformidad sea insignificante”.

²¹⁸ *Vid.* arts. 9.3 y 13 PDCLBienes y su explícito cdo. 29: “el consumidor también debe poder acogerse al derecho a resolver el contrato en los casos en que la falta de conformidad sea de escasa importancia” (“where the lack of conformity is minor”).

²¹⁹ Particularmente incisivo en la crítica por considerar, en la comparación, que supone un agravamiento de los requisitos y que “no es pertinente para contratos de consumo” se muestra WENDLAND (2016, pp. 128 y 131).

²²⁰ *V. gr.*, se pregunta la DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (2016, p. 4) si la solución no debería ser la misma.

¿Cómo formula la PDCDig. los requisitos para que surja el derecho a resolver el contrato (después de que la puesta en conformidad no se ha producido, como requisito ya fijado en el art. 12.3)? El tenor literal del art. 12.5 merece transcripción, a la que se añadirán algunos énfasis (en cursiva): “El consumidor puede resolver el contrato *solo si* la falta de conformidad con el mismo *impide* [impairs]²²¹ su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales, tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad previstas en el artículo 6, apartados 1 y 2”. Resulta palmario que el legislador quiere restringir al máximo el derecho de resolución²²² (“sólo”, “impedir” [sic], “características principales”, tras frustrarse la puesta en conformidad, etc.). Por tanto, se establece como requisito *sine qua non* que la falta de conformidad *afecte* a las características *principales* de las *prestaciones*²²³ de los contenidos digitales (su “funcionamiento”²²⁴ o su “rendimiento”²²⁵, en palabras menos omnicomprendivas según las versiones lingüísticas); no bastará para resolver el incumplimiento contractual de cualesquiera otras prestaciones de éstos que no sean las principales o esenciales. *Pese al tenor literal de la versión española, no parece preciso que el defecto “impida” totalmente el funcionamiento, sino sólo que lo “afecte”, “perjudique” o “menoscabe”*²²⁶: con esta interpretación que se propone, si bien la resolución se ciñe a faltas de conformidad relativas a las prestaciones esenciales por imperativo del art. 12.5 PDCDig., al menos no se cierra la puerta a que dicha falta deba corresponderse sólo con un incumplimiento esencial, sino con un cumplimiento defectuoso (de cierta entidad), en cierta sintonía, al menos, con las soluciones del CESL o de la

²²¹ El término en castellano (“impedir”) es más tajante que el inglés (*impair*), esto es, “perjudicar”, “afectar”, de manera que una interpretación estricta de aquél podría sugerir que no bastan cualesquiera defectos o molestias en los rasgos principales de funcionamiento (que lo restrinjan u obstaculicen parcialmente), sino sólo los que “impidan” éste, de manera que una transposición e interpretación literalista podría dejar al consumidor español en peor situación que a los consumidores de otros Estados miembros (en otras versiones, “compromette”, “entrave” o “beeinträchtigt”) hasta un pronunciamiento del concepto autónomo por el TJUE. En una Directiva de armonización máxima, la máxima fidelidad entre las versiones lingüísticas parece una tarea que merece particular cuidado; cuidado que, por ahora, no parece haberse extremado (*vid. supra*, nota 54, *inter alia*). Como puede comprobarse, el desliz en el texto del art. 12.5, no se comete en cambio en el cdo. 37 PDCDig. (*vid. nota siguiente*), donde *impair* se traduce como “afectar”.

²²² El cdo. 37 PDCDig. vuelve a insistir en que el derecho a resolver “*debe limitarse* a aquellos casos en los que, *por ejemplo*, no sea posible poner los contenidos digitales en conformidad y la no conformidad *afecte* a sus características *principales* de funcionamiento”.

²²³ De seguir las versiones italiana o alemana, parece referirse a las “prestaciones esenciales” (“*e le altre principali prestazioni, quali [...]*”) o a las “características esenciales de las prestaciones” de los contenidos digitales (“*und andere wesentliche Leistungsmerkmale der digitalen Inhalte wie [...]*”).

²²⁴ Según la versión oficial española transcrita.

²²⁵ Las versiones inglesa y francesa parecen referirse más bien a las otras características principales de “rendimiento” (o ejecución) del contenido digital. Literalmente, “*les autres principales caractéristiques de performance du contenu numérique, telles que (...)*” o “*and other main performance features of the digital content such as (...)*”.

²²⁶ *Vid. nota 221.*

Directiva 99/44²²⁷. Dicho en otros términos, la PDCDig. parece querer restringir explícitamente que faltas de conformidad pueden dar lugar a la resolución, pero no prejuzga el grado de gravedad de esas faltas, al menos si se atiende a las distintas versiones lingüísticas de la PDCDig.

La puesta en relación de este art. 12.5 con los arts. 6.1 y 6.2, a los que aquél se remite, plantea alguna incertidumbre: está claro el diseño de restringir al máximo el derecho de resolución, pues a la regla sobre conformidad que establece el art. 6 en sus dos apartados, 1 y 2, sobre las “demás características de funcionamiento”, el art. 12.5 intercala un “demás características principales [“main”] de funcionamiento”, pero la pregunta que surge es si no habrá derecho a resolver el contrato en caso de faltas de conformidad “en la cantidad, con la calidad, duración y versión” a que alude el art. 6.1.a) PDCDig. (pero no el art. 12.5)²²⁸, o cuando los contenidos digitales no sean aptos para el uso acordado entre proveedor y consumidor (o a falta de clara especificación contractual para los fines a que ordinariamente se destinen contenidos digitales del mismo tipo), o cuando no hayan sido actualizados o suministrados con las instrucciones y asistencia establecidos en el contrato. A mi modo de ver la respuesta debe ser negativa: el consumidor sí debería poder exigir la resolución contractual tanto por tratarse estos supuestos de elementos esenciales del contrato (calidad, versión, etc.) y de faltas de conformidad que afectan a rasgos principales del funcionamiento del contenido digital (v. gr., usos requeridos por el consumidor y aceptados por el suministrador)²²⁹, como porque lo contrario sería una interpretación –acaso propiciada por el propio tenor literal²³⁰ que convendría enmendar o aclarar– que minaría el efecto útil de la propia Directiva; en cualquier caso, siempre que quepa reconducir el resto de faltas de conformidad del art. 6 a defectos que afecten a las características principales de funcionamiento de los contenidos digitales el remedio resolutorio procederá. Y en esta línea, debe sostenerse también que una incorrecta integración de los contenidos digitales (art. 7) o la existencia de derechos de terceros (art. 8) que acaben suponiendo un defecto en la funcionalidad, interoperabilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, si no se subsanan mediante la puesta en conformidad, darán lugar al derecho del consumidor a resolver el contrato.

b. Carga de la prueba

²²⁷ Se muestra dubitativo MANKO (2016, p. 27) acerca del caso “when non-conformity is minor (it is not clear whether termination is allowed or not”. Sobre las diversas interpretaciones doctrinales acerca de si la referencia de la Directiva 99/44 y de la norma española a que no proceda la resolución si la falta es “de escasa importancia” significa o no que se requiere gravedad o carácter esencial de la falta, por todos, CASTILLA BAREA (2005, pp. 249-250).

²²⁸ Si se repara atentamente, el art. 12.5 viene a reproducir, con el añadido del adjetivo “principales” el literal del 6.1.a) y del 6.2 en cuanto a la funcionalidad, interoperabilidad y prestaciones fundamentales como la accesibilidad, continuidad y seguridad, pero omite el resto del art. 6.1.a) y los apartados b), c) y d) de ese artículo.

²²⁹ O, v. gr., la falta de actualización pactada produce un problema de interoperabilidad; o cuando la falta de las instrucciones contractualmente establecidas sea la causa de la falta de funcionalidad o de acceso.

²³⁰ Pues el precepto enfatiza que “sólo” cabe la resolución por las faltas de conformidad que menciona. Aunque cfr. el transcrito (nota 222) cdo. 37, que alude a esos supuestos como “ejemplo”.

El art. 12.5 PDCDig. introduce una oportuna inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor. En lugar de tener éste que probar el hecho alegado, esto es, que la falta de conformidad menoscaba los rasgos principales del funcionamiento o rendimiento de los contenidos digitales, ese precepto establece que *“la carga de la prueba de que la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales no impide [sic] su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales corresponderá al proveedor”*. La ausencia de remisión expresa al art. 9.3 (carga de la prueba sobre la conformidad) plantea la cuestión acerca de si el consumidor tendrá también el deber de cooperar con el proveedor no sólo en la determinación del entorno digital de aquél, sino en la delimitación de los rasgos principales de las prestaciones impedidos o afectados y el nivel de gravedad de tales disfunciones; aunque el principio de buena fe y el paralelismo entre ambas pruebas haría razonable sostener ese deber también en el contexto del art. 12.5, la ausencia de previsión y sanción por su incumplimiento hace dudosa la respuesta.

4.2. Forma

El ejercicio del derecho a resolver el contrato se realizará *“mediante notificación al proveedor comunicada por cualquier medio”* (art. 13.1 PDCDig.). Con esta sencilla y flexible regla se armonizará en toda la Unión Europea una disparidad existente entre países que sólo admiten la resolución judicial (v. gr., Bulgaria y, hasta hace poco, Francia, cuya jurisprudencia la ha admitido²³¹ y en octubre de 2016 la entrada en vigor de la reforma de su Código civil la consagrará legislativamente²³²) y países que admiten además la resolución extrajudicial mediante la oportuna notificación, como ocurre en España. Aunque acaso la armonización de máximos podría poner en duda si desde que se apruebe y transponga la Directiva cabría recurrir a la resolución judicial²³³, sin previa notificación extrajudicial, parece lógico que si el consumidor ejerció su derecho a resolver unilateralmente con notificación tenga abierta la vía judicial en caso de rechazo del proveedor a admitir sus consecuencias, para obtener la confirmación judicial de la resolución producida y la ejecución de sus efectos.

La fórmula empleada por la PDCDig., *“por cualquier medio”*, deja claro que el consumidor podrá realizar la notificación por la vía que le sea más cómoda (telefónica, por correo electrónico²³⁴, a través de la aplicación, plataforma o web del proveedor, mediante sms, etc.) sin que exija que esa notificación obre en *soporte duradero*²³⁵ ni que tenga que ser por el mismo cauce

²³¹ FAUVARQUE-COSSON (2016, p. 13).

²³² Vid. los nuevos arts. 1224 y 1226 del Código civil francés, con los requisitos de la resolución unilateral mediante notificación a la otra parte, introducidos por la *Ordonnance* n° 2016-131 de 10 de febrero de 2016 (JORF n° 0035 de 11.2.2016), que entrará en vigor el 1 de octubre de 2016.

²³³ Apunta FAUVARQUE-COSSON (2016, p. 13): *“this provision opens the door to ‘unilateral termination’: in other words, it is not necessary to go to court to ask for termination (judicial termination), and it is not certain whether or not judicial termination is permitted, instead of unilateral termination”*.

²³⁴ Pone el ejemplo de ambos medios SPINDLER (2016b, p. 221).

²³⁵ Como, al contrario, sí exige expresamente el art. 15.1.b) PDCDig. para la comunicación que debe realizar el proveedor que pretenda la modificación de los contenidos digitales. Dicho sea de paso, el *“soporte duradero”*

por el que se efectuó la contratación del contenido digital (presencial, a distancia, electrónica, etc.)²³⁶. Cuestión distinta será, en caso de no emplear una notificación en soporte duradero, el problema de la prueba de que el consumidor resolvió el contrato y la fecha desde que lo hizo, que le corresponderá a él.

4.3. Consecuencias

Uno de los preceptos que incorpora más novedades respecto al Derecho preexistente es el art. 13 PDCDig., el cual regula los efectos restitutorios de las respectivas contraprestaciones que lleva aparejado el ejercicio del derecho de resolución. Se trata, en una primera valoración, de un conjunto de reglas bien perfiladas, con una equilibrada ponderación de intereses en un escenario especialmente complicado por sus perfiles genuinos, tanto por lo que respecta a la “devolución” de los contenidos digitales (cuyo uso, incluso defectuoso, ha podido satisfacer ya las necesidades o intereses del consumidor y cuya sencilla reproducción o réplica con la misma calidad hace complicado el pleno efecto restitutorio y puede poner en riesgo además derechos de propiedad intelectual de terceros), que se abordó de manera distinta en el CESL²³⁷, como por lo que atañe a la forma de operar la restitución de la “contraprestación no dineraria” en forma de datos procurada por el consumidor y su relación con la normativa de protección de datos personales. Sin perjuicio de los matices que se harán, puede decirse que el legislador europeo sale airoso de la difícil empresa de adaptar las consecuencias del tradicional remedio resolutorio al contexto del suministro de contenidos digitales, ya que contaba con una dificultad adicional a las dos ya referidas (amén de otras, como el régimen específico que merecen los contenidos digitales generados por el propio consumidor), cual es la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva

definido en el art. 2.11 PDCDig. (= art. 2.10 de la Directiva 2011/83) sí es el concepto idóneo para este tipo de declaraciones de voluntad, mientras que cabe poner en duda la idoneidad de su definición para los “soportes materiales” (“como un CD o un DVD”, según el cdo. 19 de la Directiva 2011/83) en los que se transmiten los contenidos digitales, que es lo realmente concernido en los otros preceptos que mencionan el término “soporte duradero” en la Directiva. Para una crítica y discriminación de ambos conceptos en la Directiva 2011/83, CÁMARA LAPUENTE (2014, pp. 101-102).

²³⁶ No se opta, por lo tanto, por una previsión como la del art. 62.3 TR-LGDCU que, tanto para la denuncia de determinados contratos de duración indefinida o de suministro de productos como para, en su caso, la resolución de contratos de duración determinada, establece que “el consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró”.

²³⁷ Más en concreto, fueron las enmiendas al CESL del Parlamento Europeo (2014, pp. 107-110) las que introdujeron previsiones expresas en el art. 172 CESL sobre la posibilidad de “restitución” de los contenidos digitales, con un enfoque distinto al que ahora figura en la PDCDig., en concreto, distinguiendo entre contenido digital susceptible o no de restitución, pues, conforme al art. 173 CESL, cuando no se pueda devolver lo recibido, incluidos los contenidos digitales, “el beneficiario deberá pagar su valor monetario”. La idea básica en las enmiendas al CESL aprobadas era que *el contenido digital se consideraba susceptible de devolución (“returnable”) si no podía ser usado más por el comprador*, tanto cuando el soporte material siguiese precintado, cuando la copia retenida no fuese utilizable (por ejemplo, por el defecto que hacía imposible su uso o porque el contenido siguiese bloqueado mediante medidas tecnológicas de protección) o cuando el vendedor podía, sin especiales esfuerzos o gastos, impedir cualquier uso ulterior del contenido digital por el consumidor, como, por ejemplo, destruyendo la cuenta del usuario o impidiendo su acceso; sólo en esos casos el comprador no debía pagar por el valor monetario del contenido digital en caso de resolución. Como se verá, la PDCDig., igualmente consciente de las dificultades de la restitución de los contenidos digitales, adopta un enfoque más favorable al consumidor.

tanto de contratos de tracto único como de tracto sucesivo, de duración determinada o indeterminada²³⁸, en los que el suministro pudo ser conforme durante un tiempo, lo cual evoca la distinción en distintos ordenamientos entre la genuina resolución con efectos *ex tunc* y la resolución con efectos *ex nunc* propia de los contratos de servicios.

a. Derechos del consumidor

(i) El primer derecho²³⁹ que corresponde al consumidor que resuelve el contrato de suministro de contenidos digitales es el *reembolso del precio pagado*, “sin demora indebida y en cualquier caso a más tardar a los 14 días desde la recepción de la notificación” (art. 13.2.a PDCDig.). *No se establecen, sin embargo, las consecuencias de la infracción de esa obligación del proveedor*, como hubiera sido deseable, por lo que éstas, parece, deberían regirse por las legislaciones nacionales. El art. 13 de la Directiva 2011/83 establece un precepto similar en sede de obligaciones del comerciante en caso de desistimiento (no de resolución), pero añade algunos matices: reembolsar también los costes de entrega, si los hubo; efectuar el reembolso usando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, etc. Esas precisiones no son aplicables a la resolución del contrato de suministro, ni siquiera cuando éste se hubiera producido con su entrega en un soporte duradero²⁴⁰, por más que acaso hubiera sido deseable alguna ulterior precisión del art. 13.2.a) PDCDig. en línea con las fijadas en el art. 13 de la Directiva 2011/83²⁴¹ y, más aún, alguna previsión armonizadora sobre las consecuencias del retraso o el incumplimiento de la obligación de reembolsar el precio, en línea con lo ya vigente en algunos Estados Miembros para diversos supuestos (resolución o desistimiento), como acontece en Francia (recargo de un interés progresivo en función del retraso)²⁴² o España (el doble de la suma adeudada más indemnización por daños)²⁴³.

²³⁸ Que comprenderían tanto auténticos contratos de servicios como otros tipos contractuales.

²³⁹ En estricto lenguaje jurídico serían más bien “facultades” del consumidor, insertas en el derecho subjetivo de resolución.

²⁴⁰ En tales casos, como luego se explica, se aplicará el art. 18 de la Directiva 2011/83 a la falta de entrega o retraso y el art. 13.2.a) PDCDig. a la falta de conformidad del contenido con el contrato y no el régimen del desistimiento del art. 18 de la Directiva 2011/83.

²⁴¹ Lo defiende FAUVARQUE-COSSON (2016, p. 14), que también sostiene la necesidad de regular en la PDCDig. el régimen de los intereses por reembolso tardío. Cabe añadir que, por ejemplo, el art. 45.5 de la *UK Consumers Right Act 2015* establece el derecho del consumidor a recobrar el dinero pagado (*refund*) mediante la misma forma que usó para pagar el contenido digital, salvo que expresamente acepte otra fórmula.

²⁴² Art. L. 121-21-4, apartado 3, del Código de consumo francés que prevé (*para el desistimiento* en contratos a distancia y fuera de establecimiento) que las cantidades debidas se incrementarán desde el interés legal si el reembolso no se hace antes de diez días desde que expiraron los plazos de gracia, el 5% por retraso entre 10 y 20 días, el 10% por retraso entre 20 y 30 días, el 20% por retraso entre 30 y 50 días, el 50% por retraso entre 60 y 90 días y cinco puntos extra por cada mes adicional de retraso.

²⁴³ Art. 66bis.3 TR-LGDCU (para el retraso en el desembolso del precio en caso de *resolución de la compraventa de bienes*), art. 107.1 TR-LGDCU (para el retraso injustificado en el reembolso tras el *desistimiento* del contrato a distancia o fuera de establecimiento) y art. 110 TR-LGDCU (para retraso en la devolución de sumas tras la *resolución* por falta de ejecución del contrato a distancia).

Debe tenerse en cuenta que en caso de *suministro de contenidos digitales mediante soporte duradero* como un CD o DVD, la resolución *por falta de entrega* (o entrega tardía en su caso) *no se regirá por esta regla del art. 13.2.a) PDCDig.*, sino por el art. 18 de la Directiva 2011/83 (y el art. 66bis TR-LGDCU), que contiene previsiones distintas sobre los requisitos resolutorios (no recibir el bien después de 30 días desde la celebración, emplazar para plazo adicional con algunas salvedades, etc.). Así se infiere de las remisiones entre los arts. 3.3 y 11 PDCDig. En cambio, el régimen de reembolso de este art. 13.2.a) PDCDig. *sí se aplicará a las faltas de conformidad* del contenido digital de entidad resolutoria también cuando aquél haya sido suministrado en soporte duradero –además, de, por supuesto, cuando el suministro fue sin tal soporte, en casos de falta de suministro, retraso o falta de conformidad de entidad resolutoria–.

(ii) El segundo derecho del consumidor estriba en *impedir al proveedor que use los datos y contraprestaciones no dinerarias facilitados* por aquél. La difícil pretensión restitutoria en estos casos, se canaliza, por tanto, a través de una obligación de no hacer, una abstención que corresponde al proveedor, con algunas excepciones importantes, pero muy tasadas. Según el art. 13.2.b) PDCDig.:

“el proveedor adoptará todas las medidas que podrían esperarse para *abstenerse de utilizar las contraprestaciones no dinerarias* que el consumidor haya facilitado a cambio de los contenidos digitales, así como *cualesquiera otros datos* recogidos por el proveedor en relación con el suministro de los contenidos digitales, *incluido cualquier contenido facilitado por el consumidor a excepción del contenido que haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas que continúen haciendo uso del contenido*”.

Por lo tanto, el suministrador deberá tomar las medidas tecnológicas precisas para *dejar de usar tanto los datos inicialmente facilitados de forma activa por el consumidor en el momento de celebración del contrato* (datos a cambio de contenidos), como “*cualesquiera otros datos*” que *podieron ser recabados tanto en ese momento (no “activamente”, mediante cookies, por ejemplo, cabe sostener) como con posterioridad durante la fase de ejecución del contrato*: por ejemplo, los datos recabados con el seguimiento del comportamiento del consumidor en el uso del contenido digital con diversos fines (mejorar el producto o servicio, crear perfiles para estrategias de *marketing* personalizado propio o de terceras empresas, etc.), los datos sobre el entorno digital del consumidor si éste los facilitó para intentar la puesta en conformidad del contenido digital, datos de las cuentas bancarias y tarjetas de pago del consumidor, etc.²⁴⁴ Debe precisarse, además, que, frente a una lectura superficial y equivocada del precepto citado²⁴⁵, *este derecho corresponde no sólo al consumidor cuya exclusiva contraprestación fue no dineraria, sino también a aquellos consumidores que pagaron el contrato con dinero o con una combinación de prestación dineraria y no dineraria; tienen el mismo derecho a que el proveedor se abstenga del uso de “cualesquiera otros datos” suyos.* De esta manera, la PDCDig. trata de acompañarse a la normativa europea de protección de

²⁴⁴ V. gr., otros datos personales del consumidor requeridos para el suministro, como direcciones postales o de correo electrónico, teléfonos, que el proveedor ya no necesitará una vez finiquitada la relación contractual por resolución, para tratar de reponer la situación al momento inicial. *Vid.* art. 7.3 RGPD. Sobre la incidencia de calificar esos “cualesquiera otros datos” como “obras”, “prestaciones”, “opiniones” o “datos personales”, *vid. infra* nota 250.

²⁴⁵ Como denuncia también SPINDLER (2016b, p. 221) en el mismo sentido del texto.

datos, pues el consumidor tendrá derecho a revocar en cualquier momento el consentimiento que dio al tratamiento de sus datos personales (art. 7.3 del Reglamento General de Protección de Datos de 27 de abril de 2016, RGPD), voluntad que podrá inferirse *ex art.* 13.2.d) PDCDig. de su declaración de voluntad de resolver; y tendrá asimismo el “derecho al olvido” consagrado en el art. 17 RGPD²⁴⁶.

¿Cómo habrá de *cumplir* el proveedor *ese deber de abstención*? Es obvio que no podrá usarlos por sí mismo, pero tampoco podrá transferir esos datos a un tercero ni permitir que un tercero tenga acceso a los mismos tras la resolución del contrato²⁴⁷. Además, parece lógico que, cuando sea posible, el proveedor deberá destruir o eliminar los datos que obren en su poder de acuerdo con la normativa de protección de datos –y siempre que no lo impidan los dos límites que ahora se verán–. Ahora bien, el legislador europeo (considerando 37 PDCDig.) admite no sólo la eliminación sino también su “transformación en anónimos” (“*rendering it anonymous*”), “de forma que el consumidor no pueda ser identificado por ningún medio que el proveedor o cualquier otra persona pudiera utilizar razonablemente”.

En la PDCDig. se establecen dos límites al deber de abstención del proveedor en el uso de datos, uno explícito en el artículo transcrito y otro por aplicación de la normativa europea de protección de datos que se recuerda en los considerandos de esta Propuesta de Directiva. *El primer límite tiene que ver con los contenidos facilitados por el propio consumidor* (fotos o vídeos almacenados en la nube o puestos a disposición de otros usuarios a través de una red social o aplicación, reseñas o críticas, etc.); si la regla es que el consumidor podrá exigir que se eliminen sus propios contenidos digitales al ejercitar el derecho de resolución (v. gr., al cancelar una cuenta en *Instagram*, al migrar los contenidos de su *blog* a otra plataforma, llevándose así consigo su reputación y obras publicadas, etc.), tras haber tenido opción a recuperarlos, en cambio la excepción o límite es que *no podrá impedir que el proveedor siga usando o poniendo a disposición de otros usuarios el “contenido que haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas que continúen haciendo uso del contenido”*. Naturalmente, bajo esta previsión laten derechos fundamentales que inciden en la libertad contractual, como la libertad de expresión e información²⁴⁸, y el respeto a otras previsiones legales dignas de respeto y prioridad (*vid.* art. 3.7 PDCDig.), como la normativa de propiedad intelectual (con un régimen *ad hoc* sobre obras colectivas y en colaboración o coautoría, respeto a las cesiones de los derechos de reproducción,

²⁴⁶ En particular, resultan de clara aplicación a la resolución del contrato de suministro de contenidos digitales estos incisos del artículo 17.1 RGPD: “El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando 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 con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; (...) e) *los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión* [como sería el art. 13.2.b PDCDig.] o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento”.

²⁴⁷ Cdo. 37 PDCDig.

²⁴⁸ En un difícil balance *ad casum* entre esos derechos de terceros y el propio “derecho al olvido” del consumidor que resuelve el contrato de suministro, limitado éste, no se olvide (art. 17.3.a RGPD), precisamente cuando el tratamiento de los datos sea preciso “para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información”.

comunicación pública o transformación, por citar algunos de los que podrán concurrir). En consecuencia, aunque hay quien considera que también en *chats* (v. gr., en *WhatsApp*, servicios de mensajería electrónica, etc.), o en hilos (*threads*) de conversación escrita en páginas webs o *blogs*, etc. el consumidor que resuelve tendrá derecho a que se elimine su intervención, con el resultado absurdo de dejar huecos que hayan ininteligible el intercambio de opiniones²⁴⁹, *en mi opinión, a la luz de la forma en que está redactado el art. 13.2.b) PDCDig. y de los intereses superiores que protege*, salvo que exista otra norma distinta que, al amparo de la libertad de expresión e información o derechos de propiedad intelectual del *propio consumidor que resuelve*²⁵⁰, *éste no podrá vetar la continuidad en el uso de contenidos generados conjuntamente por él y otras personas*.

De este modo, llevado al terreno de los ejemplos, el límite afectará a fotografías subidas a redes sociales (v. gr., *Facebook*, *Instagram*) por el propio consumidor que autorizó expresamente²⁵¹ su transformación, lo cual generará una nueva obra (obra derivada) cuando otro usuario las transforma (retoques, collages, adiciones, etc.); afectará a *blogs* en los que no sólo se ponen a disposición del público reseñas o críticas propias sino que se habilitan las réplicas mediante foros de debate o hilos de conversación (pues al menos, respecto de éstos²⁵², generados conjuntamente por varias personas, no cabrá exigir su eliminación); afectará a determinados servicios de almacenamiento en la nube con funcionalidades de acceso e interacción²⁵³ de varios usuarios en la elaboración y alteración de los mismos documentos, obras, etc.; y afectará, por cerrar el elenco de ejemplos que ilustran el impacto de este límite, a las conversaciones escritas realizadas a través de populares servicios de mensajería electrónica como *WhatsApp*, en tanto se cumpla el requisito de que otras personas continúen haciendo uso del contenido – que en el caso de redes sociales puede ser un requisito *sine die ad quem* debido al número de usuarios–.

El *segundo límite* al deber de abstención en el uso de datos derivados del contrato resuelto tiene que ver con las *legítimas cesiones de datos a terceros efectuadas por el proveedor durante la vigencia del*

²⁴⁹ Cfr. en esta línea SPINDLER (2016b, p. 222).

²⁵⁰ Y en este punto no debe olvidarse que *en el entorno digital los contenidos pueden reconducirse al concepto de “datos” (información)*, por más que algunos de esos datos merezcan además la consideración de “obras” o “prestaciones protegidas” –de donde derivará su protección especial como propiedad intelectual por derechos de autor o por derechos afines o vecinos– *y/o de opiniones* –de donde derivará su protección por la normativa sobre libertad de expresión e información– *y/o de datos personales* –de donde devendrá su defensa por las normas *ad hoc*–. Pero desde el punto de la PDCDig. todos son “contenidos digitales”, son “datos”, en el sentido de “datos producidos o suministrados en formato digital”.

²⁵¹ Sin entrar ahora en el examen de la validez o no como abusivas de las habituales cláusulas no negociadas de cesión de derechos de propiedad intelectual a favor del proveedor de contenidos digitales.

²⁵² Aquí se muestra en toda su claridad el límite que se pretende consagrar: si el autor del *blog* no habilita la posibilidad de interactuar con sus obras, informaciones, opiniones o datos suministrados, siendo, por tanto, todos generados exclusivamente por él, podrá exigir la obligación de abstención del proveedor del art. 13.2.b) PDCDig.; pero si habilitó esa interacción, este precepto garantizará el mantenimiento y uso de ese contenido cogenerado por varias personas y, dependiendo del caso, quizás también del contenido inicial exclusivo si se considera que forma parte inescindible del contenido ulterior generado conjuntamente.

²⁵³ Cuando el *cloud computing* presente junto con características al uso de almacenamiento, otros servicios como el SaaS (*Software as a Service*), DaaS (*Data as a Service*) o CaaS (*Communications as a Service*, como mensajería instantánea a través de terceros dentro de la nube, tecnología de videoconferencias, etc.). Sobre este tipo de subdivisiones y su consiguiente dificultad de cara a la naturaleza jurídica del contrato, *vid.* DLA PIPER UK LLP (2015, pp. 26-27).

contrato de suministro antes de ser resuelto. Como recuerda el considerando 37 PDCDig., “el proveedor no debe estar obligado a realizar trámites adicionales en relación con los datos que el proveedor haya facilitado legalmente a terceros” durante ese período de acuerdo con las reglas sobre tratamiento de datos de la vigente Directiva 95/46/CE. Como establece el art. 7.3 RGPD de 2016, “la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada”.

(iii) El tercer derecho del consumidor consiste en *procurarle “los medios técnicos para recuperar todos los contenidos facilitados por el consumidor, así como cualquier otro dato producido o generado mediante el uso”* por él de los contenidos digitales (art. 13.2.c PDCDig.)²⁵⁴. La previsión es amplia en cuanto al objeto de restitución –siempre que se trate de datos o contenidos del propio consumidor, no del proveedor–, elimina así barreras de salida del contrato para el consumidor, que no se retraerá de resolver por miedo a perder datos o contenidos generados por él mismo, y *este derecho no se encuentra limitado por el hecho de que los contenidos hayan sido producidos o generados por él sólo o en interacción con otros usuarios*; también en este último caso habrá que interpretar que tiene derecho a recuperarlos, pero no a impedir la continuidad en su uso por el proveedor y otras personas. Obviamente, una de las aplicaciones más frecuentes de esta regla tendrá lugar en el contexto de las redes sociales²⁵⁵, en las que el consumidor “carga” (*upload*) vídeos, fotografías, textos, etc., pero también tendrá mucha utilidad en relación con aplicaciones de mensajería instantánea tanto mediante aplicaciones informáticas *ad hoc* como por prestaciones anejas a servicios de almacenamiento en la nube (derecho a recuperar la conversación almacenada, los contenidos digitales enviados o recibidos, etc.) o en otro tipo de prestaciones tan características de la web 2.0 como los *blogs*, de manera que el autor del *blog* o de determinados *posts*, entradas, reseñas o críticas en él podría recuperar estos contenidos tras la resolución²⁵⁶.

El art. 13.2.c) PDCDig. va aún meritoriamente más allá, sin incurrir en un detallismo que hubiera sido inoportuno para la cambiante realidad y variedad tecnológica, al precisar las características de este derecho de recuperación de los contenidos (y datos) generados por el usuario: tendrá derecho a ello “*sin cargo alguno, sin mayores inconvenientes, en un plazo de tiempo razonable y con un formato de datos utilizado habitualmente*”. El considerando 40 ejemplifica en estos términos el requisito de ejercitar el derecho sin cargos (“*free of any costs*”): “por ejemplo, el gasto de emplear un formato de datos comúnmente utilizado, a excepción de los gastos

²⁵⁴ El cdo. 39 PDCDig. aclara que el proveedor debe permitir recuperar “*todos los datos que hayan cargado, producido con el uso de los contenidos digitales o generado mediante el uso de los contenidos digitales*”. Y agrega que “*esta obligación debe ampliarse a los datos que el proveedor esté obligado a retener en virtud del contrato de suministro de contenidos digitales, así como a los datos que el proveedor haya retenido efectivamente en relación con el contrato*”.

²⁵⁵ El informe de impacto de la COMISIÓN EUROPEA (2015c, pp. 47-48) explica que una empresa sugería, de hecho, limitar este derecho a recuperar los contenidos generados por el consumidor sólo a aquellos facilitados por él “*in social media services/platforms*”. El informe también reconoce que muchas asociaciones empresariales apoyan ese derecho del consumidor, aunque algunas “*IT companies*” están completamente en contra del mismo.

²⁵⁶ Sin perjuicio de que acaso pudiera encontrar algún otro tipo de restricción a su reuso público por normas ajenas a la PDCDig., v. gr., en caso de haber pactado algún tipo de exclusividad con el editor del *blog*.

generados por su propio entorno digital, incluidos los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los datos". En este sentido, por ejemplo, permitir la recuperación en un formato extraño que exigiese la conversión por el consumidor a un formato usual –con el consiguiente coste en tiempo y quizás en dinero si necesita un programa de pago para ello–, supondría un incumplimiento del deber del proveedor. Algo más dudoso podría ser el caso en que el proveedor sí permita la recuperación en un formato habitual (v. gr., en *word* o *pdf* para textos, en formato *jpeg* o *tiff* para fotos), pero con descarga individual de cada archivo, en lugar de procurar un método de recuperación más directo (por bloques o mediante compresión en una sola carpeta) y menos costoso en tiempo; en caso de ser técnicamente sencillo esto último, probablemente el consumidor podría solicitarlo al amparo de la previsión de que el recobro sea "sin mayores inconvenientes", aunque la evolución tecnológica y su paulatina pero desacompañada implementación por las empresas obligan a una respuesta más cauta e incierta²⁵⁷. La PDCDig. no llega a explicitar algunas otras pretensiones que hubieran sido razonables, como que los contenidos digitales recuperados tuviesen la misma calidad que los que en su momento produjo y cargó el consumidor o que el formato de recuperación, en caso de ser distinto del original de subida, fuese compatible (interoperabilidad) con el entorno virtual del consumidor desde el que se subió o generó.

Por último, no debe perderse de vista que este derecho de recuperación de contenidos se establece en la Propuesta de Directiva al hilo de la resolución, dado que el núcleo del contenido de la PDCDig. son los remedios por falta de conformidad con el contrato. Ahora bien, *sería muy pertinente extender el mismo derecho de recuperación de contenidos a otros supuestos de extinción del contrato de suministro por cualesquiera causas no necesariamente patológicas* (v. gr., desistimiento unilateral cuando proceda, denuncia de contratos de duración indefinida, etc.); dado que la PDCDig. también incluye un artículo 16 relativo al derecho de denunciar (que no "resolver" como incorrectamente se llama en las diversas versiones lingüísticas) y dar por concluidos los contratos de suministro de larga duración, que incluye el mismo derecho de recuperación de los contenidos generados por él, con las mismas características (¡menos su carácter gratuito!, inexplicadamente: art. 16.4.b), no sería extralimitado expandir ese derecho a cualesquiera otras extinciones del contrato. De no enmendarse la PDCDig. el legislador español podría adoptar esa previsión al transponerla, por entenderse como cuestión fuera de su ámbito de aplicación.

(iv) Como cuarto derecho del consumidor que ejercita la resolución contractual, el art. 13.4 establece que "no se le podrá reclamar *ningún pago por el uso realizado* de los contenidos digitales durante el período previo a la resolución²⁵⁸", porque eso privaría al consumidor de protección efectiva²⁵⁹. La regla parece orientada preferentemente a contratos de suministro único o de

²⁵⁷ Así, por ejemplo, algunas empresas ya han comenzado a implementar este tipo de descarga masiva mediante aplicaciones *ad hoc* o con descarga de una carpeta comprimida (*zip*, *rar*, etc.) con todos los archivos del consumidor cuando termina la relación jurídica. Un buen ejemplo reciente es el anuncio en este sentido de la empresa "Tuenti", otrora red social especialmente popular entre jóvenes reconvertida en operador de telefonía móvil. Vid. MUÑOZ (2016).

²⁵⁸ De forma totalmente errónea, la versión en castellano del precepto llama "sustitución" a lo que debe ser "resolución" (*termination*).

²⁵⁹ Que es el fundamento escuetamente alegado en el cdo. 41 PDCDig.

tracto único, pues en caso de suministro prolongado en el tiempo existen reglas especiales de resolución sólo de la parte del período de tiempo en que los contenidos digitales no fueron conformes (resolución parcial *ex arts.* 13.5 y 13.6 PDCDig., *infra sub* 4.4)²⁶⁰. Dado que la causa de extinción de la relación contractual es un incumplimiento del proveedor que provoca la resolución, *el legislador no considera que exista un enriquecimiento injusto del consumidor por el uso defectuoso ni entiende que deba pagar por el valor del beneficio que disfrutó*²⁶¹. En realidad, la PDCDig. trasvasa la doctrina sentada por la ya citada STJUE de 17 de abril de 2008 (asunto *Quelle*)²⁶², que veta la indemnización por uso del bien no conforme hasta que se pone en conformidad (por sustitución, en el caso)²⁶³, al ámbito de la resolución contractual que, *a fortiori*, evidencia que las prestaciones principales del contenido digital no pudieron ser utilizadas de manera acorde con el contrato, ni se consiguió una previa puesta en conformidad, por lo demás, imperativamente gratuita. Dadas las especiales características de los contenidos digitales por comparación con los bienes tangibles, pues aquellos no se desgastan por el uso, ni se entiende que exista una pérdida de valor con su restitución ni, menos, con su eliminación del entorno virtual del consumidor, *el legislador prescinde de las reglas de la PDCLBienes sobre pago por la depreciación ocasionada por el uso que excede el regular o habitual* (art. 13.3.d PDCL; cfr. también el art. 13.3.c PDCL).

b. Derechos del proveedor

El art. 13 PDCDig. (apartados 2.d, 2.e y 3) contempla en esencia el derecho del proveedor a asegurarse que el consumidor que resuelve el contrato no podrá seguir utilizando los contenidos digitales

²⁶⁰ De manera que el proveedor reembolsará sólo la parte del precio pagado correspondiente al período de tiempo en que los contenidos no han sido conformes con el contrato.

²⁶¹ Como, en cambio, era propuesto en su estudio por UNIVERSITY OF AMSTERDAM *et al.* (2011, p. 230 y ss.), con cierta base en el DCFR, de manera que habría que comparar para calcular ese pago el valor del cumplimiento real con el valor del cumplimiento prometido. Defiende la solución MAK (2016, p. 26), que sugiere que si el consumidor retiene el contenido digital tras la resolución debería pagar por el uso *posterior* a la resolución del contrato, ya que la PDCDig. veta el pago por el uso anterior. En cambio, FAUVARQUE-COSSON (2016, p. 16) entiende que la regla, que exime de todo pago al consumidor en este caso, es “apropiada, aunque sólo sea por razones prácticas”, pues habría que comparar y contrastar los valores entre lo recibido y lo prometido, con evidentes dificultades.

²⁶² Según esta STJUE, el art. 3 de la Directiva 99/44 “se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien”. Como explica su § 41, “en el supuesto de que el vendedor entregue un bien no conforme, no cumple correctamente la obligación a la que se había obligado en el contrato de venta y *debe, por lo tanto, asumir las consecuencias de dicha ejecución errónea del mismo. Al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el consumidor que, por su parte, ha pagado el precio de venta y, por lo tanto, ha cumplido correctamente su obligación contractual, no se beneficia de un enriquecimiento sin causa. Únicamente recibe, con retraso, un bien conforme con las estipulaciones del contrato como debería haberlo recibido desde el principio*”. Y, como recuerda el § 24, “*la obligación de gratuidad [de la puesta en conformidad] es un todo inseparable que tiene por objeto proteger al adquirente del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos*”.

²⁶³ De hecho, casi literalmente, el art. 10.3 PDCLBienes reproduce la solución del asunto *Quelle* en sede del remedio de la sustitución de los bienes, pero no lo extrapola a la resolución, al permitir cargar al consumidor pagos limitados por ciertas depreciaciones del bien (art. 13.3.d PDCLBienes).

de ninguna forma. En lugar de trazar una división entre contenidos digitales susceptibles y no susceptibles de restitución –como hacía la última versión enmendada del CESL²⁶⁴–, la PDCDig. establece primero reglas específicas sobre la obligación de abstención de uso del consumidor (*non facere*) y deberes anejos en función de si el contenido digital se suministró con o sin soporte duradero, para resolver la *forward and delete question*²⁶⁵, y consagra a continuación una facultad del proveedor de impedir él mismo ese uso por medios técnicos sin necesidad de constatar si el consumidor cumplió o no sus deberes de abstención, devolución y eliminación; con esta última previsión, el legislador pone en evidencia la dificultad de comprobar o controlar el uso ulterior por el consumidor, especialmente en contenidos digitales suministrados mediante descarga desde la red o por suministro en soporte material cuyo contenido es de fácil copia, en tanto que puede ser sencillo materializar la obligación restitutoria (extintiva) en servicios o prestaciones que requieren acceso individualizado mediante cuentas o contraseñas verificadas telemáticamente. Esta última previsión hace cierto una vez más que, en el mundo tecnológico, antes que las medidas legales, *the answer to the machine is in the machine*²⁶⁶. Examinemos los derechos del proveedor diseñados por la PDCDig.

(i) Si los contenidos digitales *no* se hubieran suministrado *en soporte duradero*, el consumidor *se abstendrá de utilizarlos* o de ponerlos a disposición de terceros, en particular *eliminando los contenidos digitales o transformándolos en ininteligibles* (art. 13.2.d PDCDig.). El proveedor, por tanto, tendrá derecho a exigir esa conducta del consumidor, aunque difícilmente podrá comprobar si cumplió con ella cuando el consumidor tenga almacenado en sus dispositivos el contenido digital y pueda emplearlo sin conexión en línea; no obstante, sí existen algunas tecnologías que permiten monitorizar algunas de las conductas prohibidas, como ciertos DRM o también marcas de agua en el contenido digital que pueden rastrearse en caso de cesión a terceros.

(ii) Si los contenidos digitales *sí* se hubieran suministrado *en soporte duradero*, el consumidor, además de unos deberes, positivos y negativos, similares a los del escenario anterior (en concreto, *eliminar “cualquier copia utilizable de los contenidos digitales”, transformarlos en ininteligibles y abstenerse de usarlos* o ponerlos a disposición de terceros), deberá *devolver el soporte duradero*, a solicitud y a expensas del proveedor, sin demora injustificada y, en cualquier caso, no más tarde de 14 días desde la recepción de la solicitud del proveedor. Por lo tanto, el deber de restitución del consumidor se cumple con garantizar que los contenidos digitales quedan plenamente inutilizados para el consumidor: éste debe dejar de usar los contenidos y eliminar cualesquiera copias –la original recibida en soporte duradero o las réplicas hechas por el consumidor en otros dispositivos–; sólo si el proveedor se lo solicita deberá devolver

²⁶⁴ *Supra*, nota 237.

²⁶⁵ Como la plantea y denomina, en el contexto de la consulta pública para la revisión de la normativa de propiedad intelectual (cerrada en marzo de 2014), EUROPEAN COMMISSION (2013), *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, Brussels, 1 5 diciembre 2013 (disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm, fecha de consulta, 20.5.2016), p. 13.

²⁶⁶ *Vid.* el conocido artículo de 1995 en CLARK, C. (2005), *The Answer to the Machine is in the Machine and Other Collected Writings*, Norwegian Center for Computers and Law, Oslo, 2005.

físicamente el soporte duradero en su día recibido y, en este caso, la PDCDig. carga los costes de devolución en el proveedor que solicita esa devolución. La Propuesta de Directiva *no prevé las consecuencias del incumplimiento de los deberes del consumidor*, en concreto, *el posible derecho del proveedor de retención del precio* pagado mientras el consumidor no demuestre que eliminó las copias, probablemente en el entendido de que se trataría de una suerte de incierta “caución muciana” (cfr. art. 800 CC), difícilmente exigible por las dificultades probatorias de las obligaciones de hacer y no hacer que penden sobre el consumidor. Parece lógico defender, en cualquier caso, que si el proveedor consigue demostrar que el consumidor retuvo copias en uso tendrá aquél derecho a recobrar las sumas restituidas²⁶⁷. La solución parece quedar al arbitrio de cada Estado miembro conforme a su legislación nacional *ex art. 3.9 PDCDig.*

(iii) Con independencia de la forma de suministro (con o sin soporte duradero) y sin esperar a constatar si el consumidor ha cumplido los deberes anteriores (pues el precepto no lo exige), si el proveedor dispone de los medios tecnológicos adecuados, *el proveedor podrá impedir cualquier otro uso de los contenidos digitales por el consumidor, desde el mismo momento en que éste resuelve* (“en el momento de resolución”, reza el art. 13.3 PDCDig.). El precepto concreta dos formas de ejercer esa facultad: *“haciendo que los contenidos digitales no sean accesibles al consumidor o inhabilitando la cuenta de usuario del consumidor”*. Ahora bien, esa facultad de cortar el acceso del consumidor a los contenidos digitales suministrados por el proveedor cuenta con el límite, ya expuesto, del art. 13.2.c) PDCDig., también aplicable a este caso, por el cual el proveedor deberá facilitar al consumidor los medios técnicos para recuperar los datos y contenidos digitales generados por el consumidor.

c. ¿Otras posibles consecuencias?

El art. 13 PDCDig. agota así el elenco de efectos o consecuencias legalmente previstas para el caso de resolución, sin perjuicio del diseño de la resolución parcial que se estudiará acto seguido. Ahora bien, el art. 3.9 PDCDig. contiene una previsión importante en una Directiva con un alcance de armonización máxima: *“en la medida en que no esté regulado por la presente Directiva, esta no afectará al derecho contractual nacional en general, como pueden ser las normas sobre (...) los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la resolución de un contrato”*. Por lo tanto, además de para colmar alguna de las lagunas apuntadas (consecuencias del incumplimiento del consumidor de sus deberes de restitución), habrá que acudir al Derecho nacional, por ejemplo, para constatar si el consumidor, además de resolver tendrá derecho acumulativo al “resarcimiento de daños y abono de intereses” (como se reconoce en el art. 1124 CC español o, específicamente, para contenidos digitales, se prevé en la *UK Consumers Rights Act 2015*)²⁶⁸, un resarcimiento que va más allá de la limitada indemnización por daños del art. 14 PDCDig; o a los daños derivados de la propia resolución contractual. También habrá que acudir al Derecho nacional para dilucidar si la resolución del contrato de suministro de

²⁶⁷ O, como parece preferir MAK (2016, p. 26), según se explicó antes, compensar por el valor útil de los contenidos para el consumidor, comparado con su valor de haber sido plenamente conformes.

²⁶⁸ En concreto, cfr. su art. 42, que establece la compatibilidad de diversos remedios, incluidas indemnizaciones y también la recuperación de gastos derivados del incumplimiento de las estipulaciones.

contenidos digitales lleva aparejada la resolución de contratos conexos o vinculados a él, regla cuya consagración en la Directiva hubiera sido probablemente una medida oportuna²⁶⁹.

4.4. Resolución parcial

El art. 13.5 PDCDig. establece un régimen de resolución específico para los contratos en que se pactó el suministro de contenidos digitales durante un período de tiempo. En este caso, “el consumidor podrá *resolver el contrato sólo en relación con dicha parte del período de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato*”. Se trata de una resolución parcial que sólo se establece para los contratos en los que medió el pago de un precio en dinero, no para aquellos en que la contraprestación fue no dineraria²⁷⁰; el principio de conservación del contrato, junto con la consideración del carácter divisible de las prestaciones de este tipo de contratos (v. gr., piénsese en un servicio de suscripción a la visión de películas en *streaming*, que es plenamente conforme durante un tiempo), llevan al legislador a admitir una suerte de resolución *ex nunc*, cuyas consecuencias se producirán desde el momento en que aparece la falta de conformidad.

Estas consecuencias vienen rotuladas en el art. 13.6 PDCDig.: por una parte, el proveedor reembolsará la parte del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato; ese reembolso parcial deberá hacerse sin demora indebida y a más tardar a los 14 días desde la recepción de la notificación (*ex art. 13.1 PDCDig.*). Pese a la ausencia de remisiones, cabe entender que por el período de uso defectuoso no cabría reclamar al consumidor ningún pago por aplicación analógica del art. 13.4 PDCDig.²⁷¹ En cuanto al resto de medidas restitutorias, el art. 13.6 PDCDig. se remite en bloque a las contempladas (y ya examinadas aquí) en el art. 13.2, con una sola excepción: “la letra b) en relación con el periodo durante el que los contenidos digitales fueron conformes con el contrato”; el inciso confirma la lectura que antes se ha dado del art. 13.2.b)²⁷² y no supone contradicción con el designio de no permitir la resolución parcial de contratos celebrados a cambio de contraprestación no dineraria: simplemente, esa excepción significará que el proveedor no tendrá obligación de abstenerse de usar los datos recabados por él –incluidos los contenidos facilitados por el consumidor– durante el período de tiempo en que el contenido digital fue conforme con el contrato; el parteluz de la falta de conformidad resolutoria a partir

²⁶⁹ Alude a la cuestión de los contratos vinculados SCHULTE-NÖLKE (2016, p. 13).

²⁷⁰ Por la imposibilidad de proceder a una restitución parcial o proporcional de datos en ese caso, explica el cdo. 42 PDCDig.

²⁷¹ O por aplicación directa, pues a la postre la parcial es un tipo de resolución. De igual forma que no parece que la *ausencia de remisión expresa de los arts. 13.5 y 13.6 al art. 13.3* permita interpretar que en caso de resolución parcial el proveedor carezca del derecho a impedir el uso de los contenidos inhabilitando la cuenta del usuario o haciendo que no sean accesibles para él desde el momento de la resolución; aunque podría plantearse la duda o más bien la excepción razonable de que el proveedor no pudiese impedir el acceso a los contenidos digitales suministrados durante el período de plena conformidad, si el consumidor los tiene incorporados en su entorno virtual (v. gr., las descargas producidas durante el período en que los contenidos digitales fueron conformes y el consumidor pagó por ello sin que proceda tampoco el reembolso por ese período).

²⁷² *Vid. supra* apartado 4.3, nota 245.

de un período de tiempo en estos contratos de suministro continuado hará que, en cambio, el proveedor deba abstenerse de utilizar las contraprestaciones no dinerarias (adicionales al precio) o los datos recogidos, unas y otros, en el período en que el contenido digital dejó de ser conforme con el contrato.

5. En particular, la indemnización por daños y perjuicios

El art. 14 PDCDig., en su aparente bonhomía, encierra algunos de los mayores riesgos para la protección del consumidor en esta Propuesta, con varios problemas severos debido a su enfoque de armonización de máximos. Es preciso analizar con precisión qué establece, qué no establece y las consecuencias de lo que está presente y ausente. Serían deseables algunas aclaraciones en el texto definitivo de la Directiva que se apruebe. De entrada, la indemnización por los daños contemplada en ese precepto *parece adicional y cumulativa con el resto de remedios*²⁷³, tanto con la puesta en conformidad, como con la reducción del precio o la resolución, dado que *no se incluye en la jerarquía del art. 12.3 y se proclama su procedencia tanto por una falta de conformidad como por una falta de suministro*²⁷⁴. A tenor del art. 14.1 PDCDig. (énfasis en cursivas añadido):

“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”.

El *único daño indemnizable* según el precepto es el “*daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor*”. Por consiguiente, tanto el tipo de daño como el objeto dañado son extraordinariamente limitados. La alusión al daño “económico” (“*economic*”) comprende el daño patrimonial pero *deja claramente fuera daños morales y personales/físicos (infra), así como daños patrimoniales en otros objetos o bienes del consumidor* (incluidos bienes inmateriales, derechos de la personalidad, etc.). En cuanto al objeto dañado, conviene recordar que según el art. 2.8 PDCDig. el “entorno digital” del consumidor es el “*hardware, contenidos digitales y cualquier conexión a la red en la medida en que se encuentren bajo el control del usuario*”. El cálculo de la indemnización que prevé el precepto se atiene al llamado interés contractual positivo (*restitutio in integrum*), siguiendo la senda trazada ya en el CESL²⁷⁵, de manera que deberá cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante²⁷⁶. La indemnización por los daños económicos deberá

²⁷³ De la misma opinión MAK (2016, p. 23).

²⁷⁴ Tanto en el art. 14.1 como en el considerando 44 PDCDig.

²⁷⁵ Arts. 159 (que tampoco cubre el daño moral) y 160 CESL. De éste último procede casi *verbatim* la alusión a poner al consumidor en la posición más parecida a la que se encontraría de ser el contenido conforme con el contrato.

²⁷⁶ Al respecto, en el contexto del CESL, por ejemplo, SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2015, p. 507). Téngase en cuenta que en el originario art. 107 CESL se excluía la indemnización “por toda ganancia haya sido privado por esos daños”

satisfacerse con “una suma de dinero” (art. 2.5 PDCDig.); por lo tanto, ni los descuentos en futuras adquisiciones, ni otro tipo de compensaciones en especie (descargas gratuitas, extensiones gratuitas de la duración del contrato, etc.)²⁷⁷ cumplirán los requisitos de la PDCDig., pues no repondrán al consumidor en posición similar a la que tendría de haberse cumplido el contrato y no serán en dinero. Explícitamente, en esta línea, el considerando 44 sale al paso de la pretensión de la industria digital durante el proceso de consultas de la Directiva de sustituir la indemnización dineraria “exclusivamente” por descuentos. Adicionalmente, no debe confundirse esta indemnización con específica forma de saneamiento que supone la reducción proporcional del precio, compatible con aquella indemnización²⁷⁸. Cuando el proveedor haya satisfecho esta indemnización al consumidor tendrá aquél un derecho de repetición contra la persona responsable de la falta de suministro o conformidad por actos u omisiones anteriores “en la cadena de transacciones” (art. 17 PDCDig.).

Hasta aquí las certidumbres que arroja el diseño del limitado derecho de indemnización por daños y perjuicios establecido en el art. 14 PDCDig. Sin embargo, su apartado segundo estatuye: “Los Estados miembros establecerán las condiciones detalladas para el ejercicio del derecho a reclamar daños y perjuicios”. La puesta en relación de este inciso con el enfoque de armonización plena fijado en el art. 4 PDCDig., junto con la cuidadosa omisión de toda referencia al margen de maniobra de los Estados miembros en este punto, tanto en la exposición de motivos como en los considerandos de la Propuesta de Directiva²⁷⁹, abre numerosas incógnitas que ya han suscitado justa crítica en diversos colectivos y en la doctrina²⁸⁰ por lo que esta forma de plantear la indemnización podría a la postre rebajar o excluir en derechos de los consumidores. Dado que los Estados miembros no pueden elevar el nivel de protección de la Directiva y que ésta sólo les permite, en cuanto a la indemnización por daños regular el “ejercicio” del derecho, surgen bastantes cuestiones:

sólo en los contratos gratuitos de suministro de contenidos digitales, en tanto que en el art. 160 CESL sí se contempla la reparación íntegra.

²⁷⁷ Acerca de este tipo de compensaciones usuales en el tráfico digital, LOOS *et al.* (2011, p. 749).

²⁷⁸ Sobre la distinción, *supra*, apartado 3.2.c).

²⁷⁹ Cfr. los cdos. 9, 10 y 44 PDCDig., que, a lo sumo, replican literalmente el art. 14.2 (condiciones del “ejercicio del derecho”).

²⁸⁰ Según la COMISIÓN EUROPEA (2015c, p. 47) las asociaciones de consumidores apoyan esta armonización limitada de la indemnización de daños, la mayoría de las principales asociaciones empresariales son relictantes a ello y los Estados miembros están divididos. En la doctrina, particularmente crítico se muestra BEALE (2016, pp. 23-24), por considerarlo “*seriously worrying*” como rebaja de los Derechos nacionales existentes; también críticos, MAK (2016, pp. 14 y 26-27) y SPINDLER (2016b, pp. 222-223). Desde el Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (EPRS), MANKO (2016, p. 26) se hace eco de la misma duda acerca de lo pretendido en la Propuesta y reclama la clarificación en el art. 3.9 de lo que pueden hacer los Estados Miembros en este punto, aunque considera que “no sería razonable interpretar la Directiva como si regulase todas las reclamaciones contractuales por daños que estarían a disposición del consumidor” y sostiene que una interpretación más plausible es entender que la armonización máxima solo cubre los daños al entorno digital del consumidor, pero no cualquier otra posible forma de responsabilidad contractual o extracontractual.

(i) El margen de autonomía de los Estados miembros al regular esta indemnización parece posible en cuanto a cuestiones como el *plazo* de prescripción o las reglas sobre la *prueba* de los daños, pero ¿podrían establecer *requisitos sobre la imputabilidad* de la responsabilidad? La responsabilidad por daños diseñada en el art. 14 PDCDig. *parece objetiva*, por lo que resulta dudoso si los Estados miembros podrían moldearla conforme a criterios de culpa²⁸¹. Una limitación aún mas clara en la transposición, pues no versa sobre el “ejercicio” del derecho a reclamar, sería la admisión de *la satisfacción del interés contractual negativo* del consumidor (esto es, los gastos realizados a causa de la obligación incumplida, indemnizarle conforme la situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato), dado que el precepto sólo contempla el interés contractual positivo.

(ii) Puesto que los únicos daños aludidos son los ocasionados en el “*entorno digital*” del consumidor, ¿estarían cubiertos (o podrían los Estados miembros cubrir) los daños causados en equipos (*hardware*), contenidos digitales o redes igualmente controlados por el usuario pero *utilizados con doble finalidad (actos mixtos)*, profesional y no profesional? ¿Qué ocurrirá cuando el consumidor utiliza una aplicación o programa para sus fines personales pero también –pongamos que ocasional o muy marginalmente– para el trabajo y la falta de conformidad causa daños en esos otros entornos digitales?²⁸² La PDCDig. carece de una previsión sobre los actos mixtos similar a la del considerando 17 de la Directiva 2011/83.

(iii) ¿Quedará el proveedor liberado de indemnizar por cualesquiera otros daños, no económicos, no al entorno digital del consumidor por ser una armonización máxima o podrán los Estados miembros aplicar su normativa general o aprobar normas *ad hoc*? Aunque en declaraciones orales los responsables de la Comisión Europea en la redacción de la PDCDig. parecen sostener que no se buscaba esa limitación en el régimen de otros daños²⁸³, lo cierto es que la actual redacción de la Propuesta arroja muchas dudas al respecto, que deberían despejarse con claridad en ese sentido. Piénsese que el art. no contempla los *daños físicos a la persona* del consumidor o, más en general,

²⁸¹ SPINDLER (2016b, p. 222). Entiende MANKO (2016, p. 27) que debería clarificarse que es una responsabilidad objetiva y añadir que el proveedor no puede excusar su incumplimiento en ninguna circunstancia.

²⁸² Imaginemos que un virus informático compromete la seguridad de un contenido digital del consumidor en su entorno digital más personal, pero al estar conectado en red con su entorno digital profesional éste resulta igualmente dañado.

²⁸³ En particular, así parece entreverse en las declaraciones de D. STAUDENMAYER, sobre la “*very targeted harmonization*” en este punto, tanto en su defensa de la Propuesta de Directiva ante el Parlamento Europeo (en concreto, en el *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17.2.2016 –*vid.* <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events-workshops.html?id=20160217CHE00181>, fecha de última consulta: 20.4.2016– y ante su *Committee on Legal Affairs* y *Committee on the Internal Market and Consumer Protection*, en la reunión y presentación de 27.4.2016 – <http://www.europarl.europa.eu/news/en/newsroom/20160421IPR24384/Committee-JURI-IMCO-> 2016, así como en su intervención en el congreso organizado en Viena el 21-22.1.2016 por el *European Law Institute* titulado *New Rules for Contracts in the Digital Single Market – What’s in it for Consumers and Businesses in Europe?*.

del “usuario” de los contenidos digitales²⁸⁴; tampoco contempla los *daños patrimoniales a otros bienes del consumidor*, como podría ocurrir cuando un defecto de programación del contenido digital ocasiona recalentamiento de un dispositivo y quema de bienes muebles o inmuebles del consumidor; *ni daños a derechos de la personalidad del consumidor*, cuando debido a un fallo de seguridad –totalmente contrario a las legítimas expectativas del consumidor– fotos, escritos o datos personales almacenados de forma privada en un servidor de almacenamiento de contenidos digitales resultan ser accesibles por cualquier persona; ni otros *daños patrimoniales “consecuenciales” o indirectos*, como cuando mediante *malware* o por defectos de seguridad se produce un robo de las claves de acceso a las cuentas bancarias del consumidor²⁸⁵ o la aplicación informática de acceso a ellas tiene un fallo que habilita ese resultado.

De igual forma que la PDCDig. da preeminencia a lo acordado en el contrato para fijar la conformidad de los contenidos digitales con él (art. 6), la praxis negocial tiende a incorporar *mediante condiciones generales todo tipo de limitaciones y exclusiones de la responsabilidad* del proveedor prácticamente por cualesquiera daños causados al consumidor; de aprobarse el art. 14 PDCDig., al menos –y esta es su virtud–, resulta claro que esas cláusulas serían nulas por vulnerar un precepto imperativo en relación con límites a los daños económicos causados al entorno digital del consumidor; el resto de cláusulas no negociadas que limiten la responsabilidad del proveedor deberán pasar los filtros de control de las cláusulas abusivas para vincular al consumidor²⁸⁶.

Además, y fuera de la PDCDig., el consumidor podría exigir la responsabilidad del *productor* (no del proveedor)²⁸⁷ por los daños causados por “productos” defectuosos conforme a la Directiva 85/374/CE, siempre que, en función de la interpretación de la Directiva y de su transposición, los contenidos digitales pudieran merecer la calificación de “productos”²⁸⁸ cosa que, como es sabido, no es pacífico. Y también tendrá el consumidor derecho a la correspondiente indemnización establecida en el art. 82.2 RGPD por “daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento” de protección de datos²⁸⁹.

²⁸⁴ V. gr., debido a un mal diseño o falta de actualización acordada, una aplicación de localización geográfica o un mapa digital causa un accidente al consumidor; o debido al defecto de un programa de ordenador un dispositivo se recalienta y produce quemaduras al consumidor.

²⁸⁵ SPINDLER (2016b, pp. 222), que pone también otro buen ejemplo de daños pretendidamente excluidos de la Directiva, como la responsabilidad por información defectuosa en aplicaciones o bases de datos médicas.

²⁸⁶ Cfr. letras a) y b) del Anexo de la Directiva 93/13; cfr. también art. 12 de la Directiva 85/374/CE.

²⁸⁷ Salvo en el consabido caso de falta de identificación del proveedor *ex* art. 3.3 de la Directiva 85/374/CE o el suministro del producto a sabiendas de su carácter defectuoso (*vid.* arts. 138.2 y 146 TR-LDCGU).

²⁸⁸ Así, BEALE (2016, p. 24). En Derecho español, la equiparación de los arts. 136 y 6 TR-LGDCU entre “producto” y “bien mueble” permite esa conclusión. Al respecto, CÁMARA LAPUENTE (2011, p. 189).

²⁸⁹ En este sentido, MANKO (2016, p. 26), que alerta no obstante, sobre los problemas de reclamar por los mismos hechos con base en el RGPD y en la PDCDig. o en otras normas de Derecho contractual.

6. Conclusiones

La PDCDig. de 9 de diciembre de 2015 afronta del difícil reto de adaptar las reglas tradicionales sobre la falta de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa al nuevo escenario del “contrato de suministro” de contenidos digitales. Lo hace teniendo presentes sólo algunas reglas del CESL y en paralelo a la coetánea PDCLBienes de la misma fecha. En algunos puntos, esta PDCDig. adopta *soluciones novedosas* respecto al Derecho preexistente (europeo y nacional) que, con la debida ponderación de intereses y buena factura, *pueden resultar favorables al consumidor*, como la amplitud en la definición de los contenidos digitales comprendidos, las reglas sobre la carga de la prueba tanto de la falta de conformidad (art. 9) como de que ésta afecta o no a sus características principales de funcionamiento (art. 12.5), la admisión de la resolución contractual por medio de notificación por cualquier medio (art. 13.1, sin ser precisa resolución judicial) o el diseño de la restitución de las contraprestaciones tras resolver el contrato, con especial cuidado en preservar la recuperación de los contenidos digitales generados por el usuario o en garantizar que el proveedor se abstendrá de usar sus datos después de la resolución.

Otras decisiones de política legislativa, en cambio, abren grandes incógnitas, como saber si la armonización de máximos impide acudir a remedios como la reducción del precio o la puesta en conformidad en caso de falta de suministro o suministro tardío; o saber si el diseño de la limitada indemnización de daños económicos causados al entorno virtual del consumidor impide a los Estados miembros establecer otras reglas específicas para otro tipo de daños; o la forma en que operará la ausencia de un plazo de garantía legal o de presunción de falta de conformidad, sin que se armonicen los plazos de prescripción de las acciones de saneamiento.

En un bloque distinto hay que considerar otras *reglas son claramente perjudiciales a unos intereses legítimos de los consumidores* que cabía esperar más protegidos en esta Propuesta, máxime si se contrastan con algunos positivamente reconocidos en la PDCLBienes (o en el CESL, otros), sin que las razones de la disparidad se ofrezcan o resulten convincentes: por ejemplo, se podría haber permitido la resolución inmediata sin pasar por la puesta en conformidad para faltas tan gruesas que frustren a plenitud el fin del contrato para el consumidor, o haber eliminado la jerarquía de remedios (CESL) o haber sido menos restrictivo con las faltas de conformidad que pueden dar lugar a la resolución como remedio supletorio, admitiéndolo también por faltas de conformidad menores (PDCLBienes); o, por ejemplo, haber admitido, como en el art. 9.4 PDCLBienes (y en el Código civil de los Países Bajos), la suspensión del pago del precio pendiente mientras no se produzca la puesta en conformidad; o, desde luego, haber consagrado algunos parámetros legales y objetivos mínimos sobre las expectativas razonables de los consumidores de contenidos digitales (aptitud para fines habituales de ese tipo de contenidos, cualidades y capacidades de rendimiento normales y esperables, cfr. arts. 6.1 y 6.2 PDCDig. *vs.* arts. 4 y 5 PDCLBienes), sin dar una primacía prácticamente absoluta a lo establecido unilateralmente por el proveedor en el contrato. Cuestión aparte merece la crítica a la *muy deficiente versión lingüística oficial en castellano* que, contrastada con otras, no solo abre diversos interrogantes, sino que en algunos puntos podría incluso traer consigo una rebaja de protección

-insólita para una armonización de máximos- respecto al consumidor español, de hacerse una transposición en exceso literal.

Con ánimo constructivo, de cara a la mejora de la Propuesta de Directiva en la fase final de su negociación o, en su caso, con miras a su mejor transposición al ordenamiento español, se refieren a continuación algunas de las *conclusiones* alcanzadas en este trabajo, *seleccionadas* para este apartado final por la aclaración, crítica o interpretación acaso más certera entre las posibles que algunas de ellas pueden suponer, y se dividen en cuatro bloques: conclusiones relativas (i) a cuestiones generales de la PDCDig., (ii) a la conformidad, (iii) a los remedios y (iv) a ciertas ausencias (subsanales) detectadas en la Propuesta.

(i) En cuanto a *cuestiones generales* sobre el ámbito de aplicación de la PDCDig., los conceptos empleados y algunas decisiones legislativas transversales, destaca:

- *En primer lugar*, el acertado *enfoque funcional* de establecer una serie de derechos y recursos o remedios por falta de conformidad asociados al “contrato de suministro” de contenidos digitales, *sin definir ni prejuzgar la naturaleza jurídica última de ese contrato* (compraventa, servicios, arrendamiento, etc.); esa calificación jurídica, en función de múltiples variables, será precisa, pero a efectos distintos de los delineados en la Propuesta de Directiva.
- *En segundo lugar*, la *ampliación del concepto de “contenidos digitales”* respecto del empleado en la Directiva 2011/83, incluyendo “servicios” tales como el almacenamiento en la nube o las plataformas y redes sociales que permiten compartir e interactuar con los datos digitales de otros usuarios, *es una solución arriesgada en su carácter omnicompreensivo, pero, en principio, bien resuelta* al establecer unas pocas reglas específicas en sede de las formas de saneamiento, que contemplan un régimen *ad hoc* para los contenidos generados por los propios usuarios y distinguen entre contratos de tracto único o de tracto sucesivo o duraderos; el tiempo dirá si esta solución ambiciosa con pocas reglas resiste los cambios tecnológicos y la versatilidad de los nuevos modelos de negocio.
- *En tercer lugar*, es necesario aún un detallado *escrutinio acerca de la interacción entre la PDCDig. y otras normas europeas*, en especial la Directiva 2011/83 -con la posibilidad de extraer en sede de conformidad consecuencias del incumplimiento de los deberes información precontractual sobre contenidos digitales-; la Directiva 93/13 y, en particular, el papel del control de transparencia de las cláusulas abusivas en relación con los elementos esenciales del contrato de suministro de contenidos digitales; la normativa europea de protección de datos y, en particular, con los nuevos perfiles de algunos derechos en el RGPD de 27 de abril de 2016; así como la normativa europea sobre propiedad intelectual, cuya revisión en marcha debería producirse a la vez que esta PDCDig., en la que seguramente serían convenientes algunas precisiones más sobre cómo incide el régimen de derechos y límites de los titulares de la propiedad intelectual en la garantía legal de conformidad con el contrato.
- *En cuarto lugar*, aunque la PDCDig. *adopta una decisión valiente y bien enfocada en cuanto a equiparar* los derechos de los consumidores en los contratos de suministro de contenidos digitales con independencia de *si pagaron un precio en dinero por ellos o si facilitaron otra*

contraprestación no dineraria en forma de datos –al margen de unas pocas diferencias evidentes en cuanto al remedio de la reducción del precio o a la resolución parcial–, *sin embargo, la restricción de la forma en que esa contraprestación no dineraria se facilita*, esto es, sólo si el consumidor lo hizo “*activamente*”, con exclusión de los datos recabados mediante *cookies* o también de contraprestaciones consistentes otras conductas del consumidor (como recibir publicidad), *es excesiva y debería ser repensada*. Además sería conveniente *introducir un deber de información precontractual específico* (en la Directiva 2011/83 o en la PDCDig.) sobre la existencia de esta contraprestación no dineraria, la forma en que se recaba y las consecuencias de ambas cosas para el régimen de conformidad y dotar a ese deber de una *transparencia reforzada* (que esa información sea destacada y prominente dentro del elenco de informaciones precontractuales facilitadas y se incluya asimismo en el contrato). La Directiva 2011/83 establece la obligación de informar del “precio” completo pero no sobre otras contraprestaciones no dinerarias.

(ii) En relación con el *régimen de la conformidad* de los contenidos digitales con el contrato de suministro debe denunciarse:

- *En primer lugar, que de los dos parámetros objetivos clásicos, uno desaparece por completo* (tener las cualidades y capacidades de rendimiento normales y esperables) *y el otro se relega a un mero papel subsidiario a lo dispuesto en el contrato* (ser los contenidos aptos para los fines habituales del mismo tipo de contenidos digitales), de manera que queda como único dique de protección del consumidor el principio de transparencia aplicado a las declaraciones contractuales; esta decisión supone una rebaja del nivel de protección de los consumidores (respecto a la Directiva 99/44, la PDCLBienes y el CESL) difícilmente aceptable, sin que el argumento de la dificultad de fijar las legítimas expectativas del consumidor en el entorno digital sea en absoluto concluyente; deberían fijarse algunos parámetros legales imperativos que respetasen las expectativas razonables de un consumidor medio respecto a cada contenido digital (como se hace en los tres textos normativos citados y en la reciente *UK Consumer Rights Act 2015*).
- *En segundo lugar, el deber de transparencia* –formular los requisitos de conformidad en el contrato “de forma clara y comprensible” *ex art. 6.2 PDCDig.*– *desempeñará un doble papel:* por una parte, su infracción, en el ámbito de la PDCDig., hará entrar en juego parámetro legal subsidiario de ser los contenidos digitales aptos para los fines habituales, pero, por otra parte, hará aplicable el régimen de las cláusulas abusivas, incluidas las que definen el objeto principal sobre contenidos digitales, pudiendo llegar a conducir a la ineficacia final del contrato sin pasar por una previa puesta en conformidad –ni la subsiguiente resolución–, de ser esa la solución que atiende mejor a los intereses del consumidor. De nuevo, sería conveniente que las previsiones contractuales que definen el objeto principal del contrato de suministro hubiesen de *destacarse* de forma especial por imposición legal, como refuerzo de ese deber de transparencia.
- *En tercer lugar, también merecen denuncia y cambio algunas omisiones por contraste con otras normas:* la falta de mención en el desglose de los conceptos de “funcionalidad” e “interoperabilidad”, por un lado, de la obligatoriedad de informar sobre el seguimiento del comportamiento del consumidor a través de los contenidos digitales (cfr. el cdo. 26

PDCDig. *vs.* cdo. 19 de la Directiva 2011/83) y, por otro lado, sobre la interoperabilidad con los aparatos y programas conocidos por el proveedor o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer (*ibidem*) suponen una nueva rebaja legal de las legítimas expectativas de los consumidores sobre los elementos principales de funcionamiento de los contenidos digitales. Igualmente, la admisión de que las instrucciones sobre los contenidos digitales sólo se deberán según venga dispuesto o “requerido en el contrato” (art. 6.1.c PDCDig.) implica una disminución respecto a la protección existente en los Derechos nacionales y respecto a lo previsto para la compraventa a distancia de bienes (art. 5.b PDCLBienes: suministrar las “instrucciones que el consumidor puede esperar recibir”), que no tiene ninguna justificación respecto a contenidos digitales que, precisamente en muchos casos, serán de complejo manejo para determinados consumidores.

- *En cuarto lugar*, aunque el carácter cambiante y rápidamente obsoleto de los contenidos digitales explique que el régimen de *actualizaciones* se rija por lo establecido en cada contrato, la ausencia de una obligación legal de actualización será incongruente con la naturaleza de algún tipo de contenidos digitales que para funcionar propiamente requieren actualización (antivirus, navegadores GPS de conducción en carretera, etc.); por ello, podría ser oportuno introducir en la PDCDig. una regla que *al menos* garantizase las actualizaciones gratuitas *imprescindibles* para un funcionamiento “seguro” del contenido digital suministrado como mínimo durante un período de tiempo (dos años, por ejemplo).
- *En quinto lugar*, a falta de un *período legal de garantía* de conformidad de los contenidos digitales, en una Propuesta de Directiva que con su armonización de máximos persigue eliminar la complejidad y la fragmentación y crear seguridad jurídica también para los empresarios, *debería establecerse un plazo de prescripción de las acciones* derivadas de falta de conformidad o de falta de suministro, plazo que debería ser amplio (y en ningún caso menor de cinco años) para no desvirtuar el efecto útil de la Directiva. De perseverar la PDCDig. en su delegación a los Estados miembros de la fijación de los plazos de prescripción, conviene que el legislador español fije uno *ad hoc*, sin permanecer en silencio ni remitirse a normas generales que podrían causar dudas interpretativas o disparidades dentro del territorio nacional.

(iii) En lo relativo a los *remedios, recursos o formas de saneamiento* previstos en la PDCDig., las principales conclusiones y propuestas son las siguientes:

- *En primer lugar*, en cuanto a la falta de suministro de los contenidos digitales o a su suministro tardío, la PDCDig. debería esclarecer si –como parece razonable– el consumidor tendría derecho no sólo a la resolución inmediata y a la indemnización por daños económicos en el entorno digital del consumidor, sino también, si éste lo estima preferible y sin jerarquía alguna, pues, a solicitar la ejecución del contrato con plena puesta en conformidad o la reducción del precio (adaptando en este caso la reducción proporcional no al valor del contenido, sino al retraso, en su caso).
- *En segundo lugar*, en el remedio de la reducción proporcional del precio pagado por el contenido digital no conforme sería conveniente que la PDCDig. confirmase que la reducción del precio es perfectamente compatible con la indemnización por daños y

perjuicios y que ese remedio no se pierde (en línea con la STJUE de 3 de octubre de 2013, caso *Soledad Duarte*) en caso de optar el consumidor por una resolución que finalmente no es procedente.

- *En tercer lugar*, como ya se expuso al inicio de estas conclusiones, *el mantenimiento de la jerarquía de remedios* (sin dar entrada a la resolución inmediata y no subsidiaria en caso, al menos, de las faltas de conformidad más graves que frustran por entero el fin del contrato para el consumidor) y las varias *restricciones a la operatividad de la resolución del contrato* son opciones legislativas que merecen crítica, máxime si se entra en la comparación con las soluciones más favorables del CESL o la propia PDCLBienes (que admite la resolución subsidiaria por defectos menores). En caso de mantenerse ese enfoque, se ha propuesto aquí una interpretación que trata de paliar sus efectos: si bien la PDCDig. restringe qué faltas de conformidad legitiman la resolución contractual (las que afecten a las “prestaciones principales del contenido digital”), en cambio no prejuzga el grado de gravedad requerido, en una recta interpretación del verbo “*impair*” (y equivalentes en otras traducciones oficiales), no como “*impedir*” (versión oficial en castellano) sino como “*afectar*”, “*perjudicar*” o “*menoscabar*” esas prestaciones principales. Además, cabe patrocinar que si el resto de faltas de conformidad relacionadas con los parámetros recogidos en los arts. 6.1, 7 y 8 (y no sólo en el 6.1.a y en el 6.2 por la remisión del art. 12.5) PDCDig. abocan a un incumplimiento que perjudica las características principales de funcionamiento de contenido digital, el consumidor también tendrá derecho a la resolución.
- *En cuarto lugar*, aunque, como se expuso, las reglas del art. 13 PDCDig. sobre la *resolución* tienen un diseño particularmente bien ponderado –dentro de la complejidad que los efectos devolutivos o restitutorios presentan respecto a los contenidos digitales y las contraprestaciones no dinerarias, los diversos tipos contractuales subyacentes, de tracto único o de tracto sucesivo, y la coexistente normativa de protección de datos personales–, existen algunas *previsiones que merecen aclaración o cambio*, en el sentido expuesto en el texto: en concreto, la (probablemente) incorrecta remisión del art. 12.3 sólo al art. 13.5 –que, de ser correcta, daría lugar a una consecuencia seguramente no buscada por el legislador–; los discutibles resultados que la introducción del novedoso (respecto a la Directiva 99/44) art. 12.3.d) PDCDig. origina (a la luz de la STJUE de 16 de junio de 2011 en el caso *Weber/Putz*) al permitir el rechazo arbitrario del proveedor a una puesta en conformidad que fuese razonable, posible, legal y proporcionada; o la duda que se origina por el silencio del art. 13.6, acerca de si en la resolución parcial el proveedor podrá reclamar pagos por el período de uso defectuoso –duda que debería resolverse negativamente por aplicación analógica del art. 13.4). Además, se defiende aquí la *extensión de los derechos del consumidor en caso de resolución* (recuperación de datos generados por él, abstención del proveedor de usar sus datos después, etc.) a otros supuestos de *extinción no patológica* del contrato de suministro.
- *En quinto lugar*, la admisión del régimen legal de *otras consecuencias de la resolución contractual* a los derechos nacionales (art. 3.9 PDCDig.) abre algunos interrogantes acerca del ámbito de un cumulativo resarcimiento de daños o de la resolución de contratos vinculados al resuelto. Al parecer, y a falta de previsión expresa de sanciones o consecuencias en la Directiva, también el incumplimiento de las obligaciones de restitución establecidas tanto

para consumidor como para proveedor en el art. 13 PDCDig. se regirá por la normativa nacional, cuando acaso mereciera consideración una mayor armonización en este punto.

- *En sexto lugar*, la regla sobre la indemnización por daños económicos causados al entorno digital del consumidor y la remisión a los Estados miembros sólo de las condiciones “para el ejercicio” de ese derecho (art. 14 PDCDig.) genera una alerta sobre el alcance de la armonización máxima en este punto. El legislador debería aclarar que no se impide a los Estados miembros regular las indemnizaciones por otro tipo de daños (personales, patrimoniales a otros bienes, a derechos de la personalidad, daños indirectos, etc.); también debería dejar más claro si el régimen de responsabilidad por daños ahí previsto es objetivo, como cabe presumir, o cabe que los Estados miembros establezcan algún tipo de requisitos relativos a la imputabilidad.

(iv) Finalmente, por lo que se refiere a otras *ausencias detectadas en la Propuesta de Directiva*, que sería oportuno colmar, destaca, bien por vía de previsión legal expresa (parámetro objetivo) o bien por vía de obligatoria constancia en el contrato y en la información precontractual, la especificación del *número de copias privadas* que el consumidor puede realizar de los contenidos digitales y la *posibilidad de realizar reventa o cesión del uso* de los contenidos digitales contratados, de acuerdo con la normativa sobre propiedad intelectual –actualmente en curso de revisión, legal y jurisprudencial, también sobre estas materias–; una mera remisión en el contrato a dicha normativa sin más especificaciones, máxime cuando tales materias están sometidas a importantes controversias jurídicas, no parece suficiente ni para la seguridad jurídica ni para fomentar la confianza en un mercado digital dinámico.

7. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Resolución y Fecha</i>	<i>Asunto y referencia</i>	<i>Partes</i>
STJCE, 5ª, 17.4.2008	C- 404/06 ECLI:EU:C:2008:231	Quelle AG vs. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
STJUE, 5ª, 16.6.2011	C-65/09 y C-87/09 ECLI:EU:C:2011:396	Gebr. Weber GmbH vs. Jürgen Wittmer, e Ingrid Putz vs. Medianess Electronics GmbH
STJUE, 4ª, 30.4.2014	C-26/13 ECLI:EU:C:2014:282	Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai vs. OTP Jelzálogbank Zrt.
STJUE, 5ª, 3.10.2014	C-32/12 ECLI:EU:C:2013:637	Soledad Duarte Hueros vs. Autociba, S.A., Automóviles Citroën España, S.A.
STJUE, 4ª, 23.10.2014	C-359/11 y C-400/11 ECLI:EU:C:2014:2317	Alexandra Schulz vs. Technische Werke Schussental GmbH und Co. KG y Josef Egbringhoff vs. Stadtwerke Ahaus GmbH.
STJUE, 5ª, 15.1.2015	C-573/13 ECLI:EU:C:2015:11	Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG vs. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

STJUE, 9ª, 26.2.2015	C-143/13 ECLI:EU:C:2015:127	Bogdan Matei y Ioana Ofelia Matei vs. SC Volksbank România SA.
STJUE, Gran Sala, 5.10.2015	C-362/14 ECLI:EU:2015:650	Maximillian Schrems vs. Data Protection Commissioner

Jurisprudencia española

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SSTS, 1ª, 3.7.1997	RJ 5479	Alfonso Villagómez Rodil
SSTS, 1ª, 4.12.1998	RJ 9616	José Luis Albácar López
STS, 1ª, 20.9.2001	RJ 6651	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 14.2.2007	RJ 567	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 31.5.2007	RJ 4336	Antonio Salas Carceller
STS, 1ª, 25.10.2013	RJ 7257	Francisco Marín Castán

8. Bibliografía

Javier AVILÉS GARCÍA (2006), *Los contratos de compraventa de bienes de consumo: problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*, Comares, Granada.

Hugh BEALE (2016), "Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016, pp. 1-30 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events-workshops.html?id=20160217CHE00181>, fecha de última consulta: 20.4.2016).

BEUC (2012), *Position Paper, Digital Products: How to include them in the proposal for a consumers rights directive*, Brussels, 10 diciembre 2012, pp. 1-12 (disponible en <http://www.beuc.eu/publications/2010-00506-01-e.pdf>, fecha de última consulta: 15.4.2016).

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2011), "Comentarios al art. 6 TR-LGDCU", en ID. (coordinador), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, pp. 185-194.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2014), "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, pp. 79-167 (disponible en: <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/579/484>).

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2015), "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LV, 2014-2015, pp. 549-643.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2016), "La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales", en Antonio ORTI VALLEJO, Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, (Dir.), *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, pp. 211-269.

Margarita CASTILLA BAREA (2005), *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo* / Margarita Castilla Barea, Dykinson, Madrid.

José Antonio CASTILLO PARRILLA (2016), "El concepto de contenidos digitales en la Directiva 2011/83/UE y la Ley 3/2014. Visión crítica y propuesta alternativa", en Antonio ORTI VALLEJO, Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, (Dir.), *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, pp. 351-364.

Charles CLARK, (2005), *The Answer to the Machine is in the Machine and Other Collected Writings*, Norwegian Center for Computers and Law, Oslo.

COMISIÓN EUROPEA (2010), *Una agenda digital para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM(2010)245 final, Bruselas, 19 mayo 2010.

COMISIÓN EUROPEA (2013), *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, Brussels, 15 diciembre 2013 (disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm, fecha de última consulta, 20.5.2016).

COMISIÓN EUROPEA (2014a), *Programa de trabajo de la Comisión para 2015. Un nuevo comienzo (Anexo II). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Estrasburgo, 16 diciembre 2014, COM(2014) 910 final

COMISIÓN EUROPEA (2014b), *DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU*, Brussels, 20 junio 2014 (disponible en <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crdguidanceen.pdf>; fecha de consulta y documento que se cita: 23 junio 2014, idéntico a 2.5.2016).

COMISIÓN EUROPEA (2015a), *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Bruselas, 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192 final

COMISIÓN EUROPEA (2015b), *Contratos digitales para Europa - Liberar el potencial del comercio electrónico. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, Bruselas, 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 633 final.

COMISIÓN EUROPEA (2015c), *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning*

contracts for the online and other distance sales of goods, Bruselas, 9 de diciembre de 2015, SWD(2015) 274 final.

Gerhard DANNEMANN, Stefan VOGENAUER (eds.) (2013), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford University Press.

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (Ministerio francés de Economía, Industria y Digital) (2016), *Questions sur la Proposition de Directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique*, Paris, abril 2016, pp. 1-5.

DLA PIPER UK LLP (2015), *Comparative Study on cloud computing contracts. Final Report*, European Commission, Publication Office of the EU, Luxembourg, 2015, pp. 1-57.

Martin EBERS (2010), "De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", *InDret*, 2/2010, pp. 1-47.

EUROPE ECONOMICS (2011), *Digital content services for consumers: Assessment of problems experienced by consumers (Lot 1). Report 4: Final Report*, Brussels, 2011 (disponible en <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/consumer-marketing/events/digitalconfen.htm>; fecha de última consulta 15.4.2016)

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (2016), "The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016, pp. 1-32 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events-workshops.html?id=20160217CHE00181>, fecha de última consulta: 20.4.2016).

Alberto DE FRANCESCHI, Michael LEHMANN (2015), "Data as tradeable commodity and new measures for their protection", *The Italian Law Journal*, 1, 2015, pp. 51-71.

María Paz GARCÍA RUBIO (2013), "Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)", *Anuario de Derecho Civil*, 1, 2013, pp. 323-337.

María Paz GARCÍA RUBIO (2015), "Non conformity of goods and digital content and its remedies", en Javier PLAZA PENADÉS, Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Heidelberg/London, pp. 163-181.

Natalie HELBERGER, Marco B. M. LOOS, Lucie GUIBAULT, L., Chantal MAK, Lodewigk PESSERS (2013), "Digital content contracts for consumers", *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, pp. 37-57.

Natalie HELBERGER (2016), "Profiling and targeting in the Internet of Things - A new challenge for consumer protection", en Reiner SCHULZE, Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos, Baden Baden, pp. 135-161.

Chris Jay HOOFNAGLE, Jane WHITTINGTON (2014), "Free: accounting for the costs of the Internet's most popular price", *University of California Law Review*, 61, 2014, pp. 606-670.

Jean-Claude JUNKER (2014), *Un nuevo comienzo para Europa: mi agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea*, Estrasburgo, 14 julio 2014 (disponible en: <http://ec.europa.eu/priorities/publications/president-junckers-political-guidelines>, fecha de última consulta: 25.4.2016).

Marco B. M. LOOS, Natalie HELBERGER, Lucie GUIBAULT, L., Chantal MAK (2011), "The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law", *European Review of Contract Law*, 6, 2011, pp. 729-758.

Vanessa MAK (2016), "The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016, pp. 1-28 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events-workshops.html?id=20160217CHE00181>, fecha de última consulta: 20.4.2016).

Rafał MAŃKO (2015), *Contract law and the Digital Single Market: Towards a new EU online consumers sales law? In-depth Analysis*, EPRS (European Parliamentary Research Service), Brussels, Septiembre 2015, pp. 1-29 (disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRSIDA\(2015\)568322EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRSIDA(2015)568322EN.pdf), fecha de última consulta 4.4.2016)

Rafał MAŃKO (2016), *Contracts fo supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*, In-depth Analysis, EPRS (European Parliamentary Research Service), Brussels, Mayo 2016, pp. 1-37.

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2011), "En la sustitución de un bien no conforme, ¿está obligado el vendedor a retirar el bien defectuoso y a instalar el bien de sustitución?, ¿debe soportar siempre el coste de estas obligaciones? (STJCE de 16 de junio de 2011) ", *Revista Cesco de Derecho de consumo*, julio de 2011, pp. 1-9 (disponible en: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/4/2011/4-2011-2.pdf>).

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2015), "Comentarios a los arts. 114-127 TR-LGDCU", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1651 a 1837.

Ramón MUÑOZ (2016), "Así puedes ya recuperar de golpe todas tus fotos de Tuenti", *El País*, 1.3.2016 (disponible en http://economia.elpais.com/economia/2016/03/01/actualidad/1456852991_064682.html).

PARLAMENTO EUROPEO (2014), *Legislative Resolution of 26 February 2014 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, P7TA-PROV(2014)0158, ref. A7-0460/2013, Luxembourg, 26 febrero 2014.

PARLAMENTO EUROPEO (2016), *Resolución de 19 de enero de 2016 sobre la iniciativa «Hacia un Acta del Mercado Único Digital» (2015/2147(INI)) (P8TA-PROV(2016)0009, ed. provisional).*

María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2015), "Remedios del comprador", en Antoni VAQUER ALOY *et al.* (eds.) (2015), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, pp. 491-565.

Martin SCHMIDT-KESSEL (ed.) (2014), *Der Entwurf für ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, Sellier, München.

Martin SCHMIDT-KESSEL, Katharina ERLER, Anna GRIMM, Malte KRAMME (2016a), "Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel - Teil 1", *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, 1, 2016, pp. 2-8.

Martin SCHMIDT-KESSEL, Katharina ERLER, Anna GRIMM, Malte KRAMME (2016b), "Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel - Teil 2", *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, 2, 2016, pp. 54-70.

Hans SCHULTE-NÖLKE (2016), "Unfair terms in contracts for the supply of digital content and in EULAs", en *ELI Conference: New Rules for Contracts in the Digital Single Market - What's in it for Consumers and Businesses in Europe?*, European Law Institute, Vienna, 21-22 enero 2016 (resumen de la presentación [power point] disponible en http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Events/ELI_Jan2016_CTF.pptx, fecha de última consulta: 3.5.2016)

Reiner SCHULZE (ed.) (2012), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden.

Jan SMITS (2016), "The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods: conformity, lack of conformity and remedies", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016, pp. 1-32 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events-workshops.html?id=20160217CHE00181>, fecha de última consulta: 20.4.2016).

Deana SOBEL (2007), "Bite out of Apple - iTunes, Interoperability, and France's Dadvsi Law", *Berkeley Technology Law Journal*, 2, 2007, pp. 267-291.

Gerald SPINDLER (2012), "Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de compraventa", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Dir.), Esther ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Thomson-Reuters, Civitas, Madrid, pp. 457-470.

Gerald SPINDLER (2016a), "Verträge über digitale Inhalte - Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze. Vorschlag der Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte", *Multimedia und Recht (MMR)*, 2016, pp. 147-153.

Gerald SPINDLER (2016b), "Verträge über digitale Inhalte - Gewährleistung, Haftung und Portabilität. Vorschlag der Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte", *Multimedia und Recht (MMR)*, 2016, pp. 219-224.

Esther TORRELLES TORREA (2011), "Comentarios a los arts. 114-127 TR-LGDCU", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, pp. 1053-1152.

Christian TWIGG-FLESNER (2016), "Goods sold at a distance and digital content: Conformity with the contract and the burden of proof", en *ELI Conference: New Rules for Contracts in the Digital Single Market - What's in it for Consumers and Businesses in Europe?*, European Law Institute, Vienna, 21-22 enero 2016 (resumen de la presentación [power point] disponible en http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Events/ELI_Jan2016_CTF.pptx, fecha de última consulta: 3.5.2016)

UNIVERSITY OF AMSTERDAM, CENTRE FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW (CSECL), INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IViR), LOOS, M. B. M. et al. (2011), *Digital content services for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, Amsterdam, 2011 (disponible en <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/consumer-marketing/events/digitalconfen.htm>, donde consta la versión pública final de agosto de 2011; fecha de última consulta, 15.4.2016).

Antoni VAQUER ALOY (2011), "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?", *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, 1, 2011, pp. 5-39.

Antoni VAQUER ALOY (2012), "Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Dir.), Esther ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Thomson-Reuters, Civitas, Madrid, pp. 421-456.

Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (eds.) (2015), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Atelier, Barcelona.

Christiane WENDEHORST (2016), "Sale of goods and supply of digital content - two worlds apart?", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016, pp. 1-21 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events-workshops.html?id=20160217CHE00181>, fecha de última consulta: 20.4.2016).

Matthias WENDLAND (2016), "Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel? Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und des Online-Warenhandels", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, pp. 126-131.

Roberto YANGUAS GÓMEZ (2012), "El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Dir.), Esther ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Thomson-Reuters, Civitas, Madrid, pp. 471-507.

Herbert ZECH (2015), "Information as Property", *Jipitec (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law)*, 5, 2015, pp. 192-197 (disponible en <https://www.jipitec.eu/issues/issue.2016-01-12.5219458400/4315>).

Fryderyk ZOLL (2012), "Commentary to arts. 87-122 CESL", en Reiner SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, pp. 396-532.