

Rosa Barceló Compte
Universitat de Barcelona

Gemma Rubio Gimeno
Universitat de Barcelona

La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV

Sumario

-
La Directiva 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro y contenidos digitales, ha significado un paso hacia adelante en la protección del consumidor en el contexto del mercado digital. El objeto principal de dicha directiva es la regulación específica de determinados aspectos de la contratación de suministro de contenidos y servicios digitales. La finalidad del trabajo que sigue es abordar, en primer lugar, la tipificación del contenido/servicio digital como objeto del contrato en la Directiva de contenidos y servicios digitales. Así, se afronta, especialmente, los supuestos de contenidos/servicios digitales que aparecen incorporados en un bien o que interconectan con el mismo (smart goods). El trabajo también incide en el análisis comparado entre los criterios de conformidad que afectan a los contenidos y servicios digitales (Directiva 2019/770) y los establecidos para los productos físicos (Directiva 2019/771).

Abstract

-
Directive 2019/770 of 20 May on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services has been a step forward in consumer protection in the digital marketplace. The main purpose of this Directive is the specific regulation of certain aspects of contracts for the supply of digital content and services. The aim of this paper is to address the classification in the Directive of digital content/service as the object of the contract. As such, it deals in particular with cases of digital content/services that are embedded in or that inter-connect with a good (smart goods). The work also focuses on the comparative analysis between the conformity criteria affecting digital content and services (Directive 2019/770) and those established for physical products (Directive 2019/771).

Title: *The conformity of goods with digital elements: a case at the intersection of the DCD and the SGD*

-
Palabras clave: contenido digital, servicio digital, conformidad, bienes con elementos digitales, protección del consumidor

Keywords: *digital content, digital service, conformity, goods with digital elements, consumer's protection*

-
DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.01

3.2022

Recepción
26/04/2022

-

Aceptación
28/05/2022

-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *El auge de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales*
3. *El objeto híbrido de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales: los bienes con elementos digitales*
 - 3.1. *Los contenidos/servicios digitales interconectados (embedded digital content): la funcionalidad básica*
 - 3.2. *Los contenidos/servicios digitales complementarios (ancillary digital services): la funcionalidad ampliada*
 - 3.3. *Los contratos mixtos*
 - 3.4. *Contratos mixtos vs ancillary digital services*
4. *Relevancia de la aplicación de la DCD o la DCV sobre los elementos digitales*
5. *Conclusiones*
6. *Bibliografía*

-

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

1. Introducción*

El objetivo principal de este trabajo es constatar, en primer lugar, el desarrollo y la evolución de la regulación de los contratos de suministro de contenido digital y para la compraventa de bienes culminado con la adopción de las Directivas de 2019 (Directiva 2019/770 y Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, respectivamente) (2). En segundo lugar, el artículo se propone examinar, con perspectiva crítica, la opción del legislador europeo de regular los supuestos de los denominados bienes con elementos digitales (que bautizaremos como modelos híbridos) bajo la luz de la Directiva 2019/771, relativa a la compraventa de bienes (3). La finalidad del presente trabajo es cuestionar, pues, el régimen legal que le es aplicable al contenido/servicio digital (elemento digital) que acompaña al bien tal y como está recogida por ambas Directivas y proponer una alternativa mediante una distinción que acogemos entre elementos digitales que son indispensables para que el bien realice sus funciones -funcionalidad básica- (3.1) y elementos digitales que simplemente acompañan al bien complementándolo -funcionalidad ampliada - (3.2). La elección del tema surge tras el análisis comparado entre los criterios de conformidad que afectan a los contenidos y servicios digitales (Directiva 2019/770) y los establecidos para los productos físicos (Directiva 2019/771) (4).

2. El auge de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales

Es bien sabido que la UE se ha propuesto como objetivo la mejora del funcionamiento del mercado interior con el fin de dar una respuesta satisfactoria a los múltiples desafíos planteados en la actualidad por una economía cada vez más basada en la tecnología¹.

Así, si atendemos a la regulación de la Directivas 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro y contenidos digitales (en adelante, DCD) y la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (en adelante, DCV), observamos que prestan especial atención a las implicaciones jurídicas de la conformidad de los bienes digitalizados². Al régimen jurídico de estos centraremos buena parte de las siguientes páginas.

En primer lugar, constatamos que la DCV acoge el ámbito de aplicación establecido por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Así, el fracaso de la adopción de un Derecho común europeo de la compraventa (CESL) dirigió los esfuerzos del legislador hacia la adopción de las mencionadas Directivas³ que abren una nueva etapa en el

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

¹ Así lo expresa el cdo 1 de la Directiva 2019/771, de 19 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

² Uno de los productos más vendidos el CyberMonday de Amazon 2020 del año fue el Apple Watch. El Apple Watch es, en esencia, un bien digitalizado que maximiza sus funciones mediante una aplicación que permite enlazar el reloj con el teléfono inteligente.

³ Sobre las implicaciones que tuvo en la DCD el concepto de contenido digital en el CESL véase SPINDLER, «Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común

Derecho privado europeo: la transición hacia un Derecho de la economía digital⁴. En segundo lugar, y por su parte, la DCD tiene como objetivo el establecimiento de un marco contractual para el suministro de los contenidos y servicios digitales⁵.

De este modo, la DCD dimensiona el objeto del contrato situándolo en el centro de su atención⁶: así, el contenido o servicio digital (que se enunciaba en el decaído proyecto del CESL)⁷ ha cristalizado, finalmente, en un texto positivo cuya transposición en el Derecho nacional debía producirse antes del 1 de julio de 2021⁸. La revolución digital en el seno del Derecho contractual europeo se sitúa pues, en la actualidad, en la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁹. Asimismo, la DCD tiene como objetivo principal armonizar las normas sobre la conformidad de los contenidos/servicios digitales con el contrato y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad¹⁰.

de la compraventa», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (eds.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 457.

⁴ Véase STAUDENMAYER, «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law* (ERPL) 2, 2020, p. 220. Con relación al contexto en el que se concibieron las dos directivas, véase LOOS, «Not Good but Certainly Content. The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content», en CLAEYS/TERRY (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 4 s. Ejemplos de este tránsito hacia el Derecho de la economía digital son la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. También, el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

⁵ EL CESL presagió y abordó expresamente la materia de los contenidos digitales en el art. 2, letra j, de la siguiente forma: «son contenidos digitales: los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos: los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos».

⁶ Si comparamos la DCD con la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (en adelante, DDC), esta última destaca por el establecimiento de la información precontractual que el empresario debe facilitar al consumidor en los contratos a distancia y en los contratos fuera de establecimiento, así como en los contratos distintos a estos. Es decir, la Directiva sobre los derechos de los consumidores dirige su atención a la formación de un consentimiento informado. Por el contrario, como se ha visto, la DCD -más allá de que establezca normas armonizadas con relación a la conformidad-, acoge la necesidad de establecer normas específicamente para el suministro de contenidos y servicios digitales.

⁷ Véase un resumen del origen más remoto que antecede a la DCD en CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3, 2016, pp. 9 - 10.

⁸ Por ahora, los Estados Miembros que han afrontado la transposición de la DCD en su ordenamiento interno son los siguientes: Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Finlandia.

⁹ SCHULZE, «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 127 s.

¹⁰ El concepto de contenido digital se aborda también en la DDC que lo define como aquellos datos producidos y suministrados en formato digital (art. 2.11 y cdo 19); si el contenido digital es suministrado a través de soporte material, debe considerarse un bien a efectos de aplicación de dicha directiva. Ello cambia, como veremos, con la DCD, cfr. cdo 20. Con relación a ello, la doctrina promulgaba la necesidad que el CESL cubriera el suministro de contenido digital con independencia de si el soporte era un bien tangible o si había sido suministrado online, véase PLAZA PENADÉS, «Contract for the Supply of Digital Content», en PLAZA PENADÉS/MARTÍNEZ VELENCOSO, *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer International Publishing Switzerland, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 207. En el Derecho español, el Real Decreto Ley 7/2021, de 27

Cabe señalar que la regulación contenida en la DCD supera la tradicional distinción bienes/servicios y aboga por la promulgación de una categoría *ad hoc* de contenidos y servicios digitales, asimilando a contenido digital aquellos bienes que únicamente sirven como portadores del contenido digital (cdo 13)¹¹.

Recientemente, la Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, impone la obligación de armonizar los conceptos de contenido y servicio digital de la DDC con los de la DCD. Como veremos, los bienes con elementos digitales (*todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones, ex art. 2.3 DCD*) pasan a formar parte, así, de cualquier tipo de compraventa de consumo (cfr. art. 2.3 DDC, tras la modificación de la Directiva 2019/2161). El Ordenamiento jurídico español ha incorporado la Directiva 2019/2161 mediante un real decreto omnibus, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

Huelga decir que el concepto que acoge la DCD de contenido/servicio digital es lo suficientemente holgado para cubrir el desarrollo tecnológico sin que el mismo quede obsoleto (por lo tanto, que sea *«future-proof»*). De este modo el art. 2 mantiene la definición establecida por la DDC de contenido digital, pero la novedad en el texto del 2019 es la incorporación del concepto de servicio digital, definido alternativamente como un servicio que permita al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de este servicio o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos¹². La primera categoría nos hace pensar en los servicios de almacenamiento en nube, como puede ser el iCloud. Con

de abril de 2021, ha transpuesto ambas directivas de 2019; véase el comentario que hace con relación a ello ARROYO AMAYUELAS, «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 41, 2022, pp. 1 s. También, FERRER GUARDIOLA, «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021, pp. 161-226. El legislador catalán, mediante el Decreto ley 27/2021, de 14 de diciembre, ha incorporado ambas Directivas en el Libro Sexto del Código civil de Cataluña. Con relación a ello, es de obligatoria lectura el artículo de ARNAU RAVENTÓS/GRAMUNT FOMBUENA, «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *InDret* 1, 2022, pp. 171 s.

¹¹ Sobre el concepto de contenido digital en el marco del Derecho europeo véase la reciente sentencia del TJUE Caso EU contra PE Digital GmbH, Caso C-641/19, ECLI:EU:C:2020:808.

¹² Sobre los conceptos de contenido y servicio digital en la DCD véase MISCHAU, «The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 1/2022, pp. 6-13.

relación a los segundos, el legislador hace referencia a redes sociales como Facebook, Twitter o Instagram¹³.

El legislador comunitario, a raíz de la aprobación de la DCD, establece un derecho contractual propio con relación a un determinado objeto: el contenido/servicio digital. El cdo 19 imprime una lista abierta ejemplificando el concepto de contenido/servicio digital (tales como aplicaciones, programas informáticos, libros electrónicos, servicios que permitan la creación, tratamiento y almacenamiento de datos en forma digital, etc.) y subraya que la Directiva se aplicará con independencia del soporte utilizado para la transmisión (o para dar acceso) de/a los contenidos/servicios digitales¹⁴. Es decir, la Directiva sólo será aplicable al soporte del contenido/servicio digital cuando el mismo se utilice exclusivamente como portador o soporte del mismo¹⁵.

Dicho todo lo cual, y a nuestro modo de ver, la DCD establece normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los contratos de consumo para el suministro de contenidos o servicios digitales y construye un régimen jurídico a partir del objeto del contrato que incluso puede llegar a tipificar el negocio. La categoría de objeto del contrato adquiere, así, entidad propia en la regulación que se analiza. Destacamos esta idea porque el objeto solo puntualmente es determinante del régimen jurídico del contrato. Ello sucede en otros supuestos como en materia de cesión de créditos o de venta de inmuebles, por ejemplo¹⁶.

A continuación nos centraremos en el contenido/servicio digital como objeto del contrato y concretamente, en aquellos modelos híbridos en que el contenido/servicio digital acompaña a un bien.

3. El objeto híbrido de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales: los bienes con elementos digitales

Como se afirma en el preámbulo de la DCV, la evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o que están

¹³ La DCD no debe aplicarse a los servicios de acceso a internet (cdo 19). Se excluye también el Internet de las cosas. Dicha opción es objeto de crítica por parte de la doctrina. Véase al respecto MAK, «The New Proposals for Harmonised Rules on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content. Workshop for the Juri Committee», European Parliament, 2016, pp. 8-9 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cfb903b-c295-11e6-a6db-01aa75ed71a1>), más cuando los bienes con elementos digitales se asimilan, en cierto sentido, al Internet de las cosas. La definición de servicio digital permite acoger determinados objetos que coleccionan datos de los consumidores, por ejemplo, un contador inteligente como el siguiente software que funciona con una aplicación y permite controlar la energía consumida por los dispositivos que tenemos en casa (nevera, calefacción, etc): <https://qubino.com/smart-energy-meters/>.

¹⁴ Si bien la misma no se aplicará en aquellos casos en los que el objeto principal del contrato sea la prestación de servicios profesionales, como los de traducción, arquitectura, asesoramiento jurídico, etc, que el empresario suele realizar personalmente, independientemente de que haya utilizado medios digitales para obtener el producto o entregarlo al consumidor (cdo 27 y art. 3.5 DCD).

¹⁵ STRAETMANS/ MEYS, «The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?», en CLAEYS/TERRYIN (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 318.

¹⁶ Este régimen jurídico se identifica en otros ámbitos tradicionales del Derecho civil. Así, por ejemplo, el CCCat, en su Libro VI, establece normas específicas para la compraventa de inmuebles (arts. 621-49 a 621-54).

interconectados con ellos¹⁷. Ello nos lleva a cuestionar cuál debe ser el régimen jurídico aplicable cuando el objeto del contrato es híbrido: bien y contenido/servicio digital¹⁸.

Que la DCV y la DCD deben complementarse se destaca en los preámbulos de ambas directivas (cdo 13 DCV y cdo 20 DCD). Así, los bienes con elementos digitales (pensemos en los *smart goods* tipo un televisor inteligente o un reloj deportivo) según la definición dada por ambas directivas, caerían bajo la aplicación de la DCV (así, cdos 14, 15 y 16 y arts. 3.3 DCV y cdos 21 y 22 y art. 3.4 DCD), si encajan con la definición propuesta por las mismas.

Ambas Directivas incorporan la definición de bienes con elementos digitales (art. 2.5 b DCV y art. 2.3 DCD). Según la regulación contenida en el texto actual de las Directivas, a los bienes con elementos digitales (*todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones*), les será de aplicación la DCV (así, cdo 21 DCD, art. 2.3 DCD, cdo 15 DCV y art. 3.3 DCV). Por el contrario, si el componente digital no impide que el bien realice sus funciones o se ha suministrado al consumidor mediante un contrato aparte, será la DCD la normativa de aplicación a dicho elemento digital, aunque interconecte con el bien.

Incidiremos de forma extensa en este trabajo que la aplicación de la DCV sobre los elementos digitales (ya sea contenido o servicio digital) es cuestionable. En muchos casos y como veremos más adelante (3.2), el elemento digital interconectado con el bien o incorporado a él, mejora, amplía o intensifica la función principal del bien y no impide que los bienes realicen sus funciones. Por ello, consideramos oportuno hacer una doble distinción dentro de la categoría de los bienes con elementos digitales, distinción que no aparece en el texto de la Directivas.

A los efectos de nuestra investigación, dividiremos el concepto de bienes con elementos digitales (entendiéndose como elementos tanto los contenidos como los servicios digitales) en dos subconceptos¹⁹:

A) los bienes con elementos digitales interconectados (*goods with embedded digital content*²⁰), en los que el contenido/servicio digital aparece incrustado/interconectado con el bien (o preinstalado por el productor) y que es indispensable para el funcionamiento del bien; un contenido digital que afecta, pues, a la funcionalidad básica de dicho bien, y

¹⁷ Cdo 5 DCV.

¹⁸ Piénsese que la mayoría de bienes de consumo son o serán a largo plazo *smart goods*, FERNÁNDEZ CHACÓN, «El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2020, p. 571.

¹⁹ Estos dos subconceptos o dos denominaciones/nomenclaturas son nuestras, no se encuentran en el texto de las Directivas de 2019.

²⁰ Esta era la nomenclatura existente en la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, COM/2015/0634 final. Así, el cdo 11 *in fine* rezaba así (en la versión inglesa): «However this Directive (DCD) should not apply to digital content which is embedded in goods in such a way that it operates as an integral part of the goods and its functions are subordinate to the main functionalities of the goods» (el subrayado es nuestro). También la que utilizaba el Parlamento Europeo (STAUDENMAYER, «Art. 3. Scope», en SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck Nomos Hart, Baden-Baden, 2020, p. 76.

B) los bienes con elementos digitales auxiliares (*goods with ancillary digital services*²¹), en los que el contenido/servicio digital complementa al bien²², siendo responsable, se diría, de una funcionalidad ampliada de aquél, o formando, con el mismo, un vínculo menos indisoluble del que puede estar presente en la categoría definida arriba como *embedded digital content*²³.

La definición que proponen las Directivas de 2019 de bienes con elementos digitales se incardinaría únicamente en la que en nuestra propuesta denominamos *goods with embedded digital content*. Sin embargo, de los ejemplos incorporados por los considerandos de ambas Directivas, parece que el legislador hace recaer sobre cualquier elemento digital que acompaña al bien la regulación de la DCV. A continuación, analizaremos los supuestos de elementos digitales que aparecen insertados en el bien y que son indispensables para su funcionalidad básica, los que hemos denominado como *embedded digital content* (3.1). Más adelante examinaremos, también, los supuestos en los que el elemento digital amplía la función del bien, a los que hemos bautizado como *ancillary digital services*, (3.2) y que bajo nuestro punto de vista escaparían de la definición de bienes con elementos digitales propuesta por las Directivas (y por lo tanto, el régimen legal de aplicación sobre el elemento digital sería la DCD y no la DCV- en nuestra propuesta-. A todo ello dedicaremos los siguientes párrafos.

3.1. Los contenidos/servicios digitales interconectados (*embedded digital content*): la funcionalidad básica

El cdo 21 de la DCD señala que el concepto de bienes con elementos digitales debe referirse a bienes que incorporen contenidos o servicios digitales o que estén interconectados²⁴ con ellos de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumpliesen su función²⁵. Estos contenidos/servicios digitales quedan excluidos del ámbito de aplicación de la DCD; es decir, el contenido digital, insertado en el bien, caerá bajo la aplicación de la DCV si se facilita con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes²⁶. Estos contenidos digitales interconectados en los bienes son lo que hemos definido anteriormente como *embedded digital content*²⁷.

²¹ Dicha nomenclatura es utilizada por SEIN/SPINDLER, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Scope of Application and Trader's Obligation to Supply- Part 1», *European Review of Contract Law* (ERCL) 15, 3, 2019, pp. 269 s.

²² Bien como objeto mueble tangible según la definición del art. 2.5 DCV.

²³ Así, STAUDENMAYER, SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, 2020, p. 61, señala que durante el proceso legislativo no estaba claro qué régimen legal debía ser el encargado de regular los bienes con elementos digitales, abogando el Parlamento Europeo por la inclusión de los mismos en la normativa de contenidos digitales.

²⁴ Sobre la integración y la interconexión véase la referencia en el cdo 11 de la Propuesta de Directiva de contenidos digitales, COM (2015) 634 final.

²⁵ Véase también los cdos 10, 14 y 15 de la DCV. Una comparación de ambas directivas la encontramos en VANHERPE, «White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content», *European Review of Private Law* (ERPL) 2, 2020, pp. 251-274.

²⁶ En relación con el concepto de bienes con elementos digitales en la propuesta de Directiva, véase STRAETMANS/MEYS, CLAEYS/TERRYN (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, 2017, pp. 318-320.

²⁷ Sobre los «goods with embedded digital content» véase, especialmente, SEIN, «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), 8, 2, 2017, pp. 96-110.

Así pues, abordaremos a continuación cuál es el régimen legal de los *smart goods* (incluyendo el contenido digital). Por ejemplo, piénsese en un iPhone y en su sistema operativo; la ausencia del sistema operativo impediría que el iPhone cumpliera su función. Siguiendo con el ejemplo del iPhone, el sistema de desbloqueo que incorpora el mismo también encaja con la definición de *embedded digital content* que proponemos. Estos constituyen ejemplos de elementos digitales cuya ausencia impediría que los bienes cumplieren su función. Más allá de la telefonía móvil, podemos pensar en el sistema de asistencia al conductor que incorpore un vehículo²⁸; también afecta a la funcionalidad del bien, el coche, y, por lo tanto, encaja en la definición propuesta y, en consecuencia, caería bajo la aplicación de la DCV. Otro ejemplo muy relevante que calificaríamos de bien con elemento digital por estar este interconectado y por afectar el mismo a la funcionalidad básica del bien es el *software* que instaló Volkswagen que generó el ruido mediático del *Dieselgate*²⁹. El software en cuestión, que falseó durante años los resultados del examen de partículas de óxido de nitrógeno (NOx), formaba parte de la electrónica básica del coche (afectando así a la potencia del coche) y, por lo tanto, no cabe duda de que en dichos casos estamos ante un bien con elemento digital tal y como lo define el art. 2.5 DCV³⁰.

Sin embargo, ¿podemos decir lo mismo de la calculadora preinstalada en el iPhone? ¿O del sistema de navegación (*Navi System*) del nuevo Seat León? Con relación a estos últimos, ¿impide su ausencia que el bien ejecute su función o su presencia maximiza la utilidad del bien y, por lo tanto, lo complementa y/o amplía su funcionalidad?

Como venimos diciendo, la regla general es que los bienes con elementos digitales caen bajo el ámbito de aplicación de la DCV [cfr. arts. 3 (4) DCD y art. 3 (3) DCV], siempre que los mismos sean indispensables para la funcionalidad del bien y se hayan transmitido junto con el contrato de compraventa relativo a dicho bien. Nótese que estos dos aspectos a los que debe atender el contenido digital -cumulativamente- para quedar excluido de la DCD no se desprenden del propio articulado de las Directivas sino de los referidos cdos. 21 y 22.

A pesar del tenor literal del artículo, se prescinde de la integración/interconexión y lo que trasciende es la dependencia funcional, de tal modo que la ausencia de dichos contenidos/servicios digitales no permitiría que los bienes realizasen sus funciones (art. 2.3 DCD)³¹.

Que el contenido digital se haya facilitado con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes³² dependerá del contenido del mismo (ello también se

²⁸ Que no deja de ser un primer paso hacia la conducción autónoma: <https://www.seat.es/sobre-seat/noticias/coches/nuevo-leon-asistente-avanzado.html>.

²⁹ Véase la SJM, 1, Madrid, ECLI:ES:JMM:2021:4, en la que se estima la demanda colectiva presentada por la OCU contra Volkswagen/Audi España, S.A.

³⁰ El art. 2 (5)(b) DCV considera bienes todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones.

³¹ En opinión de FERNÁNDEZ CHACÓN/FERNÁNDEZ VILLAZÓN (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2020, p. 573, ambos requisitos no funcionan de forma cumulativa. Entendemos que ello no es así tal y como se expone en el art. 3.4 DCD. En esta misma línea, SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, pp. 269-270.

³² Señala el art. 3.3 DCV que si existe duda respecto de si el suministro de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él forma o no parte del contrato de compraventa, se presumirá que sí.

aplicará a los contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados cuyo suministro se requiera expresamente en el contrato). Por poner un ejemplo: uno puede adquirir un teléfono inteligente sin sistema operativo (por lo tanto, *hardware sin software*)³³.

Sigue señalando el cdo 21 DCD que la DCV debe comprender, también, «*aquellos contratos de compraventa que puedan interpretarse de modo que comprendan el suministro de contenidos o servicios digitales específicos porque estos normalmente están incluidos en bienes del mismo tipo y el consumidor puede razonablemente esperar a que lo estén dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta toda declaración pública realizada por el vendedor o por su cuenta, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor*»³⁴. La Directiva pone el ejemplo del televisor inteligente que se publicita con una aplicación de vídeo concreta, en cuyo caso la aplicación formaría parte del contenido del contrato de compraventa³⁵.

Otro ejemplo incorporado por ambas directivas como bien con elemento digital es el reloj inteligente deportivo: el propio reloj sería el bien con elementos digitales que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa pero que el consumidor tiene que descargar en un teléfono inteligente: la aplicación sería entonces el elemento digital interconectado (así, cdo 21 DCD). No obstante, no compartimos dicho posicionamiento: la ausencia de la instalación de la aplicación en el teléfono inteligente no impide el funcionamiento del reloj deportivo. Sin embargo, ¿debe el consumidor razonablemente esperar que la aplicación sea suministrada junto con el contrato de compraventa del reloj inteligente? En caso de duda respecto de si el suministro del contenido/servicio digital forma o no parte del contrato de compraventa del bien, las Directivas optan por presumir que forman parte de él y aplicar la DCV (ex arts. 3.3 DCV y 3.4 DCD). Ahora bien, si nos fijamos, por ejemplo, en el reloj inteligente *Garmin*³⁶, este no pierde funcionalidad sin la aplicación que después el consumidor instala en el teléfono móvil (la aplicación, en cualquier caso, maximiza las funciones del reloj inteligente³⁷).

En el seno del Parlamento Europeo, la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (COM/2015/0634 final) fue examinada conjuntamente por dos comisiones, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y la Comisión de Asuntos Jurídicos, que en un principio eran contrarios a la solución incorporada por la propuesta, aunque finalmente convinieron que los elementos digitales

³³ Así, el teléfono PinePhone no lleva ningún sistema operativo preinstalado, y será el usuario el que tendrá que instalarlo manualmente.

³⁴ Téngase presente que ello está establecido en el preámbulo (el valor jurídico del cual no es dispositivo, simplemente interpretativo) y no en el cuerpo del articulado.

³⁵ Aunque el suministro del contenido digital en el seno del contrato de compraventa en dicho caso viene determinado por la integración de la publicidad en el contrato (art. 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante TRLGDCU).

³⁶ Véase: <https://buy.garmin.com/es-ES/ES/wellness/relojes/c10001-c10002-p1.html>.

³⁷ Así lo advierte también FERNÁNDEZ CHACÓN/FERNÁNDEZ VILLAZÓN (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2020, pp. 573-574. Por todo ello considera dicho autor que la funcionalidad a la que hace referencia el art. 2.3 DCD no es una funcionalidad entendida en abstracto sino teniendo en cuenta el contenido del particular contrato de compraventa celebrado.

insertados en bienes quedaran fuera del ámbito de aplicación de la DCD y que, por lo tanto, se sometieran al ámbito de aplicación de la DCV³⁸.

Determinar si los contenidos/servicios digitales contratados están o no incorporados o interconectados con el bien, cuya funcionalidad depende en mayor o menor grado de dichos elementos digitales es una cuestión que dependerá de las circunstancias del caso concreto (es decir, en primer lugar, cabrá ver si el contrato de compraventa del bien arroja dudas o no sobre este extremo y en el caso de que este no fuera claro, habrá que estar a lo razonablemente esperable, por lo tanto, al criterio objetivo incorporado por el cdo 21 DCD)³⁹. Por lo tanto, el criterio funcional se asocia indisolublemente con la dimensión contractual.

Como se ha dicho, hay ejemplos claros de bienes con elementos digitales sin los cuales los primeros no funcionan adecuadamente (el sistema operativo del iPhone) pero habrá otros que plantearán más dudas (por ejemplo, la calculadora o la alarma preinstalada de un teléfono inteligente, aunque estos sí pueda esperarse razonablemente que formen parte del bien, tal y como se expresa el cdo 21, a pesar de que no cumplen estrictamente con el criterio de la funcionalidad).

Por el contrario, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impidiera que los bienes realizaren sus funciones o si el consumidor celebrare un contrato para el suministro de contenidos/servicios digitales que no formara parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, ese contrato debería considerarse independiente del contrato de compraventa de bienes, aunque el vendedor actuara como intermediario de ese segundo contrato con el suministrador tercero, y entraría -este último- bajo el ámbito de aplicación de la DCD.

Como ya hemos visto, la frontera entre el contenido digital puramente esencial para bien al que acompaña (lo que en nuestra propuesta se denomina *embedded digital content*) y aquellos que son complementarios no es fácil de trazar: pensemos, por ejemplo, en el sistema de navegación del coche (así, el *Navi System* del nuevo Seat León). A ello dedicaremos el siguiente epígrafe.

En conclusión, el legislador comunitario apuesta por el argumento funcional, y vincula contenidos/servicios digitales con el régimen del bien al que están integrados. Ello nos obliga a constatar una suerte de vinculación inescindible que afecta, propiamente, a la categoría que hemos denominado como *embedded digital content*, y que es más discutible en los contenidos/servicios digitales meramente complementarios (*ancillary digital services*, en la nomenclatura de nuestra propuesta) que examinaremos a continuación.

³⁸ Véase la opinión manifestada de las dos comisiones del Parlamento en: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-jd-digital-content-and-digital-services>, (consultado el 24 de febrero de 2022).

³⁹ ARNAU RAVENTÓS, «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Col-legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020, p. 83. Sin embargo, este test de funcionalidad objetiva es difícil de determinar ante la evolución rápida de los productos digitalizados. Mientras estos estándares objetivos no se determinen, serán los criterios subjetivos (lo establecido por el contrato incluyendo la información precontractual) los que acabarán determinando la aplicación de una normativa u otra, así, SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, pp. 272-273.

3.2. Los contenidos/servicios digitales complementarios (*ancillary digital services*): la funcionalidad ampliada

En los párrafos precedentes hemos analizado la definición de bienes con elementos digitales propuesta por ambas Directivas de 2019 habiendo cuestionado los ejemplos empleados por los dos textos legales que caerían bajo dicha nomenclatura. Esta categoría legal de bienes con elementos digitales, en las Directivas, integra tanto los ejemplos en los que el elemento digital complementa al bien (lo que nosotros denominamos *embedded digital content*) como los supuestos en los que amplía su función (bajo la nomenclatura que proponemos, los *ancillary digital services*).

Bajo nuestro punto de vista, ello es cuestionable (en el epígrafe siguiente -4- veremos por qué es preferible que los supuestos que hemos denominado como *ancillary* se regulen por la DCD y no por la DCV) ya que la categoría de bienes con elementos digitales únicamente debería integrar los supuestos en los que el elemento digital es indispensable para el bien, es decir, los ejemplos de lo que hemos denominado *embedded digital content*.

A continuación desarrollaremos los supuestos de elementos digitales incorporados a un bien que tienen la finalidad de ampliar/complementar la función de este último, la ausencia de los cuales no impediría que el bien realizase sus funciones.

Según el art. 3.4 DCD, como venimos diciendo, la DCD no se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos (en el sentido que la ausencia de dichos contenidos/servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones), y que se suministren con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes.

Sin embargo, si el contenido/servicio digital que complementa al bien no impide que el mismo realice sus funciones, pero se ha suministrado con arreglo al contrato de compraventa relativo al bien, ¿cuál es el régimen legal que le será aplicable? Nos encontramos ante una zona gris, no resuelta por la Directiva⁴⁰. Un contenido/servicio interconectado que permite, pues, una funcionalidad ampliada del bien. Recordemos que la aplicación de la DCV exige, como señala el art. 3.3 DCV, que haya un contrato en virtud del cual el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor que paga un precio⁴¹.

¿Quién es el responsable si falla el sistema de navegación del coche?⁴² ¿Quién debe proporcionar las actualizaciones del mismo? Se puede decir que el *software* es una parte integrante del coche; dicho contenido digital, ¿está subordinado al coche, bien mueble tangible? El Seat León puede

⁴⁰ SEIN/SPLINDER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 269-274. Para dichos autores ambos (tanto los *embedded* como los *ancillary*) caerían bajo el ámbito de aplicación de la DCV, siempre que, con relación a estos últimos, se cumplieran los dos requisitos exigidos: que el elemento digital esté conectado de tal forma que su ausencia impediría que el bien ejecutara sus funciones y que se haya transmitido junto con el mismo contrato de compraventa del bien.

⁴¹ Con relación a ello, KALAMEES/SEIN, «Connected Consumer Goods: Who Is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?», *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 1, 2019, pp. 13 s. sugieren utilizar una aplicación analógica a la del art. 15 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.

⁴² El consumidor dirigiría su reclamación contra el vendedor del coche, pero este tendría, a su favor, el derecho de repetición (art. 20 DCD) que le permitiría emprender acciones incluso contra el diseñador del contenido digital; así, MOŽINA, «Art. 20. Right of Redress», en STAUDENMAYER/SCHULZE (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart Beck Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 327.

funcionar sin el *Navi System*; así pues, ¿se aplica la DCD sobre el *Navi System*?⁴³ ¿O aplicando el criterio de lo esperadamente razonable por el consumidor enunciado en el preámbulo, se aplica la DCV⁴⁴?

Constatamos, además, que la aplicación de la DCD vendrá determinada por el contrato en virtud del cual el empresario se compromete a suministrar dicho contenido digital (art. 3.1 DCD). Se observa, por tanto, en el caso planteado (en el que hay un contrato de compraventa relativo a un coche inteligente, y en el que, además, hay un contenido/servicio digital interconectado a dicho bien y transmitido junto con el mismo contrato de compraventa pero que no afecta a la funcionalidad principal del bien) que la regulación tanto de la DCD como de la DCV no es del todo precisa siendo confuso el régimen legal aplicable.

El ejemplo del reloj de pulsera inteligente aparece resuelto en el cdo 15 DCV y cdo 21 DCD: «*otro ejemplo* (de bien con contenido digital que caería bajo la aplicación de la DCV) *podría ser un reloj de pulsera inteligente. En este caso, el propio reloj sería un bien con elementos digitales, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa, pero que el consumidor tiene que descargar en un teléfono inteligente: la aplicación sería entonces el elemento digital interconectado*» (el paréntesis es nuestro). Ello únicamente si la aplicación ha sido suministrada junto con el contrato de compraventa del bien. Qué sucede en caso contrario: ¿debemos recurrir a los criterios objetivos que hacen referencia a lo esperadamente razonable por el consumidor? Ello no se establece ni en la DCD ni en la DCV. Sin embargo, en caso de duda, y como señala el art. 3.3 DCV, se presume que el contenido digital sí que forma parte del contrato de compraventa del bien. Entonces el vendedor puede ser responsable por la no conformidad de la aplicación, permitiendo, en su caso y si procediese, una resolución del contrato con el correspondiente reembolso del precio pagado por el consumidor.

Es decir, según la regulación de ambas directivas, en los supuestos de bienes con elementos digitales (que insistimos, según lo recogido por ambas Directivas de 2019 comprenderían tanto los que hemos denominado *embedded* como los *ancillary*), el responsable de la falta de conformidad del contenido digital interconectado con el bien sería el vendedor (cdo 21 DCD y 15 DCV). Ello es cuestionable: el legislador hubiera podido plantear la posibilidad para el consumidor de reclamar directamente al suministrador del elemento digital incluido en el bien ya que difícilmente el vendedor será capaz de poner las actualizaciones, por ejemplo, en conformidad y el consumidor finalmente se verá forzado a acogerse al remedio resolutorio o al de la reducción del precio⁴⁵.

Es cuestionable la aplicación de la DCV a los bienes con elementos digitales. Es difícil prever ahora mismo el grado de innovación que acompañará a los bienes inteligentes. En muchas ocasiones, lo relevante no es el bien sino el contenido digital que aquél incorpora. Además,

⁴³ GEIREGAT/ STEENNOT, «Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity», en CLAEYS/TERRYN (eds.) *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 114 - 115. Dichos autores entienden que la DCD no sería aplicable en el ejemplo citado arriba en el texto.

⁴⁴ Nótese además que en los casos de bienes con elementos digitales, ya sean *embedded* o *ancillary*, entrarán en juego no sólo el vendedor del bien sino también el suministrador del contenido digital y el productor de los bienes adquiridos, así WENDEHORST, «Sale of Goods and Supply of Digital Content - Two Worlds Apart? Study for the Juri Committee», European Parliament, 2016, p. 6.

⁴⁵ CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley* 9881, 2021, p. 12.

tampoco es fácil determinar cuál es el grado de vinculación entre bien y contenido/servicio digital ni cuál es el nivel de funcionalidad del bien sin el contenido/servicio digital.

En esta tesitura, ambas Directivas del año 2019 se inclinan, también con relación a los contenidos/servicios digitales complementarios (los *ancillary digital services* en la nomenclatura propuesta) del bien, a transitar su régimen junto con el del bien, y, por lo tanto, a aplicar la DCV. Ello lo vemos en el preámbulo, en el cdo 21 DCD, y en el ejemplo propuesto por el legislador comunitario relativo al reloj inteligente. Si la duda reside en determinar cuál es el parámetro de funcionalidad normal/básica del bien, deberíamos recurrir a los criterios objetivos establecidos en el cdo 21 de la DCD; así, si razonablemente puede o no esperar el consumidor medio que estén incorporados dichos contenidos digitales junto con el bien. ¿Qué contenidos/servicios digitales puede esperarse razonablemente que estén interconectados con el coche? No están establecidos dichos estándares objetivos y, en consecuencia, serán los criterios subjetivos (por lo tanto, la información precontractual y aquello que finalmente se incorpore en el contrato) los que permitirán resolver, finalmente, la duda⁴⁶.

Alguna doctrina ha sido partidaria de «separar» el contrato; es decir, bien y contenido/servicio digital caerían bajo la aplicación de las respectivas directivas⁴⁷. El *European Law Institute* propuso la aplicación de ambas Directivas en los casos de bienes con elementos digitales, de tal forma que los criterios de conformidad de la DCV se aplicarían sobre el *hardware* mientras que los establecidos por la DCD sobre el contenido digital (*software*)⁴⁸; además, también se proponía que cualquier falta de conformidad del contenido digital implicara, automáticamente, una falta de conformidad del bien. Similar es la opción escogida por el legislador británico en *el UK Consumer Rights Act 2015*, Sección 16⁴⁹.

En nuestra opinión, en los casos en los que el contenido/servicio digital participe únicamente de la funcionalidad ampliada del bien, debería ser la DCD la normativa de aplicación pues, como veremos más adelante, la regulación de la conformidad en ambas Directivas no es exactamente igual (4) y la DCD incorpora un apartado relativo a la modificación del contenido/servicio digital (art. 19) que ampara al empresario a realizar modificaciones en las características principales de los contenidos/servicios digitales permitiendo, a su vez, que el consumidor pueda resolver el contrato si dicha modificación afecta negativamente el uso de los contenidos/servicios digitales o su acceso de forma notable⁵⁰. Además, es evidente que el desarrollo tecnológico cada vez incorporará más productos digitalizados en el mercado y es la faceta digital (en el caso de los

⁴⁶ Así, SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 273.

⁴⁷ GEIREGAT/STEENNOT, CLAEYS/TERRYN (eds.) *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, 2017, p. 117.

⁴⁸ EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634 Final», Vienna, 2016, p. 11, también establecía en dicho artículo que debía aceptarse que las normas sobre la carga de la prueba y los remedios serían diferentes dependiendo de si era el hardware o el software del bien inteligente el que no era conforme con el contrato.

⁴⁹ La Sección 16 del UK Consumer Rights Act 2015 reza así: Goods not conforming to contract if digital content does not conform: (1) Goods (whether or not they conform otherwise to a contract to supply goods) do not conform to it if— (a) the goods are an item that includes digital content, and (b) the digital content does not conform to the contract to supply that content (...)

⁵⁰ Lo determinante, bajo nuestro punto de vista, es cuál es la normativa de aplicación (DCD o DCV) sobre el contenido/servicio digital que acompaña al bien. Todo ello sin perjuicio de que la legitimación pasiva para dirigir la reclamación recaiga también sobre el vendedor.

smart goods) - que sufre más modificaciones y/o se actualiza más frecuentemente- la razón por la que, en muchos casos, el consumidor decide contratar o adquirir dicho bien inteligente⁵¹. Con relación a esta cuestión, más adelante en este trabajo se desarrollará con profundidad la relevancia de la aplicación de una normativa (DCD) u otra (DCV) sobre los elementos digitales que acompañan al bien para cuestionar el régimen actual que vehicula la mayoría de casos de elementos digitales, integrados o interconectados con el bien, al régimen de la DCV.

Asimismo, hubiera sido preferible, en los casos de falta de conformidad de los bienes con elementos digitales (ya fueran *embedded* o *ancillary*), recurrir directamente a la DCD, salvo prueba en contrario de que la falta de conformidad obedeciere a un problema del *hardware*, recayendo la carga de la prueba sobre este último extremo en el empresario o vendedor⁵². A medio y largo plazo aparecerán bienes con elementos digitales que plantearán la dificultad de distinción entre los mismos y los contratos mixtos (a los que haremos referencia a continuación), dado el grado de interconexión que existe entre ambos. Es decir, no siempre es fácil distinguir el grado de dependencia entre el aspecto material y el digital y el recurso a peritajes resultará incompatible con unos costes razonables para hacer efectiva la conformidad.

¿Quién debe responder ante una falta de conformidad del contenido digital auxiliar o complementario? Si atendemos a la solución acogida por el legislador europeo se puede afirmar que, por ejemplo, el vendedor del coche podría responder ante una falta de conformidad del sistema de navegación del mismo (véase cdo 14 DCV). ¿Ello permitiría al consumidor dirigir, además o también, su reclamación contra el suministrador del contenido digital? ¿O sólo puede dirigir su reclamación ante el vendedor, y, en cualquier caso, este ya ejercerá el derecho de repetición previsto en los arts. 20 DCD y 18 DCV, según procediere?⁵³ Hoy por hoy, será el contenido del contrato el que deberá resolver la cuestión; si el contrato contempla que el vendedor es responsable ante una falta de conformidad del contenido digital, no habrá duda al respecto, pero en muchos casos dicha cuestión no aparecerá resuelta.

Nótese aquí que, sin embargo, el tránsito del contenido digital hacia el régimen del bien al que acompaña implicará que, ante una falta de conformidad del bien con elemento digital, el consumidor se dirija al vendedor del bien quien, en su caso, deberá reclamar a la persona responsable en la cadena de transacciones. Pensemos en un ejemplo ya citado: si el consumidor adquiere en una tienda un iPhone, en el que el *software* está preinstalado (IOS) y el mismo, tras una actualización provista por Apple, no es conforme, la DCV permite al consumidor reclamar al vendedor. El vendedor deberá repetir la acción contra Apple. Aquí se pone en evidencia la desigualdad en el poder de negociación que tendrá el vendedor con relación a Apple⁵⁴.

⁵¹ Piénsese, por ejemplo, en el iPhone y en todas sus actualizaciones. El consumidor de Apple cambia constantemente de teléfono, no por el hardware-bien mueble- en sí, sino por todo el contenido digital que incorpora cada una de las nuevas versiones.

⁵² Así lo señaló la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, partidaria de añadir al art. 3.3 de la Propuesta sobre la Directiva de contenidos digitales un apartado a) con el siguiente redactado: «This Directive shall apply to goods in which digital content is embedded unless the supplier proves that the lack of conformity lies in the hardware of the good», como se observa aquí: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ24-PR-592444_EN.pdf?redirect.

⁵³ SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 273.

⁵⁴ VEREECKEN /WERBROUCK, «Goods with embedded software: consumer protection 2.0 in times of digital content?», *Indiana Int'l & Comp. Law Review* 30, 2019, p. 72. Nótese aquí que fue la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías

El legislador británico hizo depender la conformidad del bien del contenido digital. En efecto, al art. 16 del *UK Consumer Rights Act* establece que los bienes no serán conformes si estos incluyen un contenido digital (interconectado) y el mismo no es conforme⁵⁵.

Otra posibilidad que hubiera permitido resolver de forma más coherente el régimen aplicable a los bienes con elementos digitales (*embedded* o *ancillary*) sería la establecida en la modalidad de contratos mixtos tal y como lo regula el DCFR. Analizaremos, en primer lugar, la categoría de contratos mixtos presente en la DCD para proceder, a continuación, a examinar cómo se establece dicha categoría en el DCFR.

3.3. Los contratos mixtos

El art. 3.6 DCD señala que, sin perjuicio de aquellos contenidos/servicios digitales que puedan considerarse como incorporados a los bienes a los que acompañan y que, por lo tanto y según lo ya señalado, caerían bajo el ámbito de aplicación de la DCV, cuando un único contrato entre el mismo empresario y el mismo consumidor incluya en un paquete elementos del suministro de contenidos o servicios digitales y elementos del suministro de otros servicios o bienes, la DCD sólo se aplicará a los elementos del contrato relativos a los contenidos o servicios digitales (cdo 33). Los demás elementos del contrato deberán regirse por las normas aplicables a dichos contratos en virtud del Derecho nacional (por ejemplo, si es un contrato de arrendamiento) o de otros actos de Derecho de la Unión que regulen un sector o una materia específicos (por ejemplo, contrato de compraventa de bienes). Ello hace referencia a la categoría de contratos mixtos a la que remite la pluralidad objetiva compleja. Dicha expresión es anticipada por ARNAU refiriéndose a supuestos en los que el objeto evoca prestaciones de diferente naturaleza^{56 57}. Así, un contrato con objeto plural comprendido por contenido/servicio digital y otras prestaciones.

Nótese que, en lo relativo a los contratos mixtos, el planteamiento del DCFR (art. II.-I:107) es diferente al de la DCD; así, podríamos decir que configura un modelo híbrido ya que aplica a cada parte del contrato las reglas pertinentes a la categoría a la que pertenece, excepto si una regla dispone que un contrato mixto debe considerarse como perteneciente a una categoría o una parte del contrato mixto es de hecho tan predominante que no sería razonable que el contrato no perteneciera principalmente a una categoría determinada. El CESL (art. 9.1) tomó una dirección similar, sin embargo, la regulación contenida en el DCFR es más compleja ya que este regula

de los bienes de consumo la que recalco que fuera el vendedor el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato (cdo 9) y que, no obstante, el vendedor debería poder, conforme a la legislación nacional, entablar acciones contra el productor, el vendedor anterior o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual salvo que hubiese renunciado a ese derecho. Además, es preciso destacar que la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020 («Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores») propone estudiar, cuando se prepare la revisión de la Directiva (UE) 2019/771, la viabilidad de reforzar la posición de los vendedores con respecto a los fabricantes mediante la introducción de un mecanismo de responsabilidad conjunta fabricante-vendedor en el marco del sistema de garantía legal.

⁵⁵ Una de las opciones que podría plantearse, aunque ello escaparía el objeto del presente trabajo, sería la británica: la no conformidad del elemento digital que acompañase al bien (siguiendo nuestra propuesta, si fuera *ancillary*, con lo que sería la DCD la normativa de aplicación) resultare, también, en una falta de conformidad del bien; así lo señala el trabajo desarrollado por el EUROPEAN LAW INSTITUTE, p. 14. También propone que el consumidor pueda aprovecharse de los remedios existentes en la DCV. En materia de la carga de la prueba, sería el empresario el responsable de demostrar si es el bien o el elemento digital el que no es conforme con el contrato.

⁵⁶ El CESL hacía referencia también al supuesto de contratos mixtos en el art. 9.

⁵⁷ ARNAU RAVENTÓS/ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, 2020, p. 80.

tipos contractuales cuya naturaleza es mucho más variada que los tipos contractuales que regula el primero. El art. 9.1 CESL sólo se aplica si hay un único contrato mixto de venta y prestación de servicios⁵⁸, y, además, en dicha propuesta no encontramos la norma del DCFR que señala que si una de las categorías del contrato mixto es más predominante que la otra, lo más razonable es migrar el contrato totalmente dentro aquella categoría contractual que prepondera por encima de la otra.

Ello es así, en cierta medida, en la DCD; hemos visto que los supuestos de bienes con elementos digitales según la definición incorporada por las Directivas asimilan que el contenido digital es indispensable para el funcionamiento del bien (reconducen la mayoría de casos a los supuestos que hemos bautizado de funcionalidad básica). Cuando dicha funcionalidad es ampliada -según la nomenclatura de nuestra propuesta-, bajo nuestra opinión debería ser la DCD la que se aplicara sobre el elemento digital, pero ya hemos constatado que los considerandos de la DCD no convienen con dicha postura. ¿Son los casos de funcionalidad básica un supuesto de contrato mixto en los que predomina el bien mueble y no lo digital? Y, en la regulación incorporada por el art. 3.6 DCD sobre contratos mixtos, ¿se caracterizan los mismos, en realidad, por una suerte de equilibrio entre la faceta mueble y la digital? ¿Son los supuestos de funcionalidad ampliada un caso de contrato mixto?

Observamos que una opción más razonable hubiera sido, en los casos en los que el elemento digital esté incorporado al bien o interconectado con el mismo, o que simplemente lo complemente y lo acompañe, por lo tanto, ya sea en los supuestos de *embedded* o en los *ancillary* -en nuestra terminología- aplicar la DCV al bien y al elemento digital solamente en aquellos supuestos en los que el bien fuera tan predominante que no sería razonable que todo el contrato no perteneciera a dicha categoría. En el resto de supuestos, debería aplicarse sobre lo digital las reglas de la DCD y sobre el bien, las de la DCV. Nos preguntamos si los *ancillary digital services* a que hemos hecho referencia, si son transmitidos junto con el mismo contrato de compraventa del bien al que acompañan, ¿entran en el supuesto del art. 3.6?⁵⁹ La respuesta debe ser negativa ya que los supuestos de contrato mixto no hacen referencia expresamente a una dependencia funcional (de mayor o menor grado) entre las prestaciones; los contenidos/servicios digitales que hemos denominado como *ancillary digital services* necesariamente acompañan, complementan, personalizan el bien, aunque la distinción entre contrato mixto y contenido digital que acompaña al bien complementándolo (los supuestos de funcionalidad ampliada a los que nos referimos), se diría que es bastante difusa⁶⁰.

En el supuesto de contratos mixtos, el cdo 33 de la DCD pone de relieve la importancia de la cuestión al referirse, precisamente, a la combinación de suministro de bienes y otros servicios, o

⁵⁸ SCHULTE-NÖLKE, «Comentario Del Artículo 9 CESL», en SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)-Commentary*, Beck Nomos Hart, Baden-Baden, 2012, p. 111.

⁵⁹ Sobre los contratos mixtos (o *bundled contracts* en su terminología inglesa), nos referimos a aquellos casos en los que en un mismo contrato entre un empresario y un consumidor se suministra contenido/servicio digital y bienes u otros servicios (no digitales). Así, STAUDENMAYER, SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, 2020, p. 84. Ello es diferente del supuesto en el que haya contratos distintos que, eventualmente, puedan presentar alguna relación o vinculación (cdo 34 DCD).

⁶⁰ WENDEHORST, European Parliament, p. 7. Véase, también, LOOS, CLAEYS/TERRYN (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, 2018, p. 31.

suministro de contenidos digitales y otros servicios (no digitales, etc.) ofrecidos dentro del mismo contrato⁶¹.

3.4. Contratos mixtos vs *ancillary digital services*

Observamos, pues, que los contratos mixtos se refieren a prestaciones que tienen distinta naturaleza (por ejemplo, compraventa de bienes y contratación de servicios digitales; compraventa de un televisor inteligente y contratación de una plataforma de contenidos audiovisuales como *Filmin* o *HBO*). En cuanto a la calificación final de dicho contrato, la DCV sí que lo contempla en el cdo 17 *in fine*: si el contrato incluye elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, será el Derecho nacional el que determinará si la totalidad del contrato puede o no calificarse como contrato de compraventa.

En estos supuestos de contratos mixtos o de pluralidad objetiva compleja a la que hace referencia el cdo 33, la DCD se aplicará únicamente a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de contenido/servicios digitales. Por lo tanto, es el objeto de las prestaciones lo que acabará determinando la aplicación de un régimen jurídico concreto. Por ejemplo, piénsese en una plataforma que permite al consumidor crear un documento, generado por el propio sistema de la compañía (así, un documento de reclamación que se presentaría ante una compañía aérea si se diese el supuesto de cancelación de vuelo) para que el consumidor lo firme, descargue y guarde y, en su caso, si hubiere un encargo jurídico, uno de los abogados de la misma empresa se encargaría de gestionar el mismo. De entrada, hay un suministro de servicio digital ya que la plataforma permite al consumidor la creación de la reclamación a través de un *software*; a su vez, la plataforma presta asesoramiento jurídico; este asesoramiento queda excluido del ámbito de aplicación de la DCD (cdo 27 y art. 5). Sentado lo anterior, el contrato entre el consumidor y el empresario incluye elementos de un contrato de suministro de servicios digitales, pero también elementos del contrato de arrendamiento de servicios. La DCD únicamente se aplicará a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de servicios digitales. Puede afirmarse que en los supuestos de bienes con elementos digitales que acompañan al primero o que influyen directamente en su funcionalidad, existe entre ambos una suerte de dependencia funcional, mayor o menor según cuál sea el vínculo existente entre bien y contenido/servicio digital. De acuerdo con lo dicho, pues, cabría referir la dependencia en función del grado de vinculación entre ambos objetos (bien y contenido/servicio digital). Si el vínculo funcional es indisoluble nos situamos ante un contenido digital que afecta a la funcionalidad básica del bien (*embedded*); en otro sentido, si dicha indisolubilidad no concurriese, hablaríamos de un contenido digital complementario (*ancillary*).

El régimen de los contratos mixtos (*bundled contracts*, en la terminología inglesa) se dirige a aquellos casos que, como ya hemos visto, consisten en un mismo contrato entre consumidor y empresario con un objeto plural de prestaciones. Asimismo, las dos categorías analizadas *supra* (3.1 y 3.2), son también supuestos en los que, ante un mismo contrato de compraventa, el bien incorpora o interconecta con un elemento digital (ya sea servicio o contenido). Este elemento digital puede cumplir dos funciones: ampliar la función del bien o ser indispensable para el funcionamiento del mismo. En este último caso, estamos ante la categoría propuesta de «*goods with embedded digital content*». Por el contrario, si el elemento digital únicamente participa de

⁶¹ Sobre las posibles combinaciones, véase TWIGG-FLESNER, «Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law», en DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 37.

una suerte de funcionalidad ampliada del bien, nos situamos ante lo que hemos denominado «*ancillary digital service*». Ya hemos visto que es precisamente la categoría de los «*ancillary digital services*» la que puede confundirse con la categoría de los contratos mixtos.

A pesar de todo lo apuntado más arriba, el legislador ha convenido dirigir los bienes con elementos digitales al ámbito de aplicación de la DCV. Sin embargo, como hemos dicho, será el contenido del contrato el que acabará determinando hasta qué punto el vendedor del bien es o no responsable de una falta de conformidad del elemento digital⁶².

En conclusión, la apreciación del carácter de mejora o personalización que incorpora el elemento digital al bien y la apreciación de la influencia más o menos determinante que tiene el componente digital en la funcionalidad del bien no aparece resuelta de forma coherente en ambas Directivas y, en atención al carácter de armonización máxima de las mismas (que blinda determinadas cuestiones, en realidad, la mayoría), la transposición en el Derecho interno seguirá sin despejar las dudas apuntadas más arriba.

4. Relevancia de la aplicación de la DCD o la DCV sobre los elementos digitales

A continuación, veremos la relevancia que tiene la aplicación de la DCV sobre la categoría de bienes con elementos digitales. Bajo nuestro punto de vista, las Directivas incorporan una lectura excesivamente generosa de la definición de bienes con elementos digitales que acaba arrastrando, también, los supuestos que hemos denominado de *ancillary digital services*, que acompañan al bien pero no impiden que el mismo realice sus funciones. Por razones de pureza técnica y en términos de protección del consumidor, en estos últimos supuestos, la normativa de aplicación debería ser la DCD y no la DCV, ya que las diferencias en materia de conformidad son notables y notorias para el consumidor, tal y como examinaremos en los siguientes párrafos. Además, la velocidad digital planteará muchos ejemplos que fricciónarán la definición contenida de bien con elemento digital y que buscarán su espacio en el régimen legal planteando dudas sobre el régimen que les debe ser de aplicación. Veamos las diferencias en materia de conformidad que puede sufrir un mismo elemento digital en función de si se acoge al régimen de la DCD o la DCV.

- **Carga de notificar la conformidad:** según constatamos, el art. 12 de la DCV deja a los Estados Miembros la libertad de adoptar disposiciones en las que se establezca que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor ha de informar al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor la haya detectado (este es uno de los pocos supuestos en los que el legislador permite a los Estados Miembros apartarse del régimen imperativo de la Directiva *ex art. 21 DCV*)⁶³. No hallamos una norma equivalente a la mencionada en la DCD; es más, el cdo 11 de la misma no permite a los Estados Miembros imponer al consumidor la obligación de

⁶² SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 274-275, acaban concluyendo que el verdadero impacto del art. 3.3 DCV será menor (a pesar de la imperatividad del art. 21 DCV) ya que el vendedor puede especificar de forma clara que el consumidor está adquiriendo el elemento digital de un tercero.

⁶³ Con relación a ello, ARROYO AMAYUELAS, Armonización Europea y Derecho Contractual, 2019, p. 224, señala la posibilidad de plantearse si dicha supresión de la carga de notificar redundaría en beneficio de las empresas ya que se ahorran los costes adicionales generados por la gestión de las notificaciones y, además, evitan la incomodidad de tener que comunicar al consumidor que ha quedado privado de la tutela solicitada, lo cual afecta negativamente a la reputación empresarial.

comunicar al empresario toda falta de conformidad dentro de un plazo determinado⁶⁴. Por ello, podemos afirmar que, en función de cuál sea la opción escogida por los Estados, los contratos sobre bienes con elementos digitales pueden quedar sujetos a dicha carga de notificación en un determinado plazo mientras que si el mismo elemento digital se transmite bajo un contrato diferente del de compraventa del bien (quedando sujeto a la DCD), no se impone tal carga⁶⁵.

- **Asistencia postventa:** la DCD, dentro de los requisitos subjetivos, hace referencia a la asistencia al consumidor (ex art. 7 DCD). Dicho requisito no está presente en la conformidad subjetiva de la DCV (art. 6). En este sentido, la DDC sí que incluye, cuando proceda, la asistencia postventa (art. 6.1 m) al consumidor como parte de la información al consumidor en los casos de contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, que pasa a formar parte del contrato (art. 6.5). En el contexto de los contenidos y servicios digitales, caracterizado por un alto nivel de complejidad (incluso para el consumidor medio), la asistencia al consumidor funciona también como un mecanismo de publicidad para atraer al mismo. La ausencia de este requisito en la DCV hace inviable su aplicación a los bienes con elementos digitales (aunque siempre las partes podrán incluirlo en el contrato) si son adquirido *offline*. Si fueren adquiridos a distancia o fuera de establecimiento mercantil cabría recurrir a la información precontractual que, si procediere, afectaría a la existencia de asistencia posventa.
- **Versión:** Asimismo, como requisitos objetivos de conformidad, la DCD establece -salvo pacto en contrario- la obligación de suministrar la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato (art. 8.6 DCD); ello no es así en la DCV, seguramente porque la misma no está diseñada para regular los elementos digitales que están sujetos a un cambio e innovación permanente. Por lo tanto, el elemento digital que acompaña al bien y forma, junto con él, un bien inteligente, sujeto a la DCV, no deberá

⁶⁴ Ello es, pues, un punto a favor del consumidor, STRAETMANS/MEYS, «The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?», en CLAEYS/TERRY, *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 327. El legislador catalán ha optado por no imponer ningún plazo para la denuncia de la falta de conformidad (véase el preámbulo del Decreto ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y elementos digitales y a los contratos de compraventa de bienes, al Libro Sexto del Código civil de Cataluña). Tampoco el legislador español introdujo ningún plazo relativo a la notificación de la conformidad en el TRLGDCU.

⁶⁵ Así de contrariados con dicha decisión se muestran SEIN/ SPINDLER, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Conformity Criteria, Remedies and Modifications- Part 2», *European Review of Contract Law (ERCL)*, 15, 4, 2019, p. 375: «This discrepancy rule does not help to foster a really unified Digital Single Market because market players -both consumers as well as traders -face a legal uncertainty as to whether the possibility to exercise consumer's remedies in case of defective smart goods depends on a previous notifications or not». Además, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, habrá casos de bienes inteligentes en los que el elemento digital interconectado ejercerá una influencia esencial sobre el bien, mientras que en otros casos no será así y, en consecuencia, en estos últimos casos, la normativa sobre contenidos digitales se aplicará sobre el elemento digital y la de la compraventa sobre el bien. Por el contrario, si se trata de un bien con elementos digitales tal y como lo describe el art. 2.3 DCD, será la DCV la norma de aplicación y, por lo tanto, los Estados Miembros podrán establecer que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor informe al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor la haya detectado. En el primer caso los Estados miembros, como se ha dicho, no podrían imponer ningún plazo de notificación.

incorporar la versión más reciente, mientras que, si el consumidor adquiere el mismo contenido digital mediante un contrato de suministro a parte, sí⁶⁶.

- **Accesibilidad y continuidad:** también es destacable la ausencia en la DCV de los requisitos de conformidad relativos a la accesibilidad y continuidad (art. 8.1 b) DCD). Si bien dichos aspectos podrían verse incluidos en las «otras características» del art. 7.1 d) DCV, hubiera sido deseable una referencia expresa en la norma.
- **Actualizaciones:** con relación a la obligación de suministrar actualizaciones, debemos distinguir si el suministro del elemento digital es continuo o si se trata de un único acto de suministro o de una serie de actos de suministros separados⁶⁷. Así, en estos dos últimos casos, la DCD establece que el empresario deberá suministrar las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad durante el período que el consumidor pueda razonablemente esperar⁶⁸ (art. 8.2 b) DCD). La DCV, con relación al supuesto de bienes con elementos digitales, sigue esta misma línea (art. 7.3 a) DCV⁶⁹). Para el supuesto de suministro continuo, la DCD impone la obligación de suministrar las actualizaciones durante el período en que deban suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato (art. 8.2 a) DCD); la DCV se remite al art. 10.2 o 5 (art. 7.3. b) y, por lo tanto, el período será como mínimo de dos años. Si el suministro continuo es superior a dos años, la obligación de actualizar se extenderá por todo el período de suministro. Este período es equivalente al período por el que el empresario/vendedor será responsable por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien⁷⁰ o en el momento del suministro. Vemos, pues, que ambas directivas son prácticamente coincidentes en este extremo.
- **La calidad como elemento objetivo de conformidad:** aquí, la DCD únicamente menciona la calidad como criterio de conformidad en el apartado de elementos o requisitos subjetivos, es decir, los contenidos/servicios digitales deben tener la calidad según se disponga en el contrato⁷¹. En cuanto a los criterios objetivos, no mencionan

⁶⁶ Así, VANHERPE, *European Review of Private Law* (ERPL), 2, 2020, p. 261.

⁶⁷ Un estudio pormenorizado de la obligación de suministrar actualizaciones lo vemos en KALAMEES, «Goods with Digital Elements and The Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC) 12,2, 2021, pp. 131 s.

⁶⁸ Es crítico con esta opción, STAUDENMAYER, «Art. 8. Objective requirements for conformity», en SCHULZE/STAUDENMAYER, *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 159, ya que es contrario a la seguridad jurídica.

⁶⁹ El cdo 31 de la DCV clarifica este extremo y señala que el período de tiempo por el que el consumidor puede razonablemente esperar recibir actualizaciones si los contenidos o servicios digitales se suministran en un único acto de suministro debe evaluarse sobre la base del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato de compraventa. Así, un consumidor esperaría normalmente recibir actualizaciones al menos durante el período durante el cual el vendedor sea responsable de una falta de conformidad, mientras que en algunos casos las expectativas pueden extenderse más allá de dicho período, como podría ser el caso de las actualizaciones de seguridad.

⁷⁰ Nótese que en el supuesto de bienes con elementos digitales debe considerarse que los mismos han sido entregados al consumidor cuando se haya producido, además de la entrega del componente físico, el acto único de suministro de los elementos digitales o bien haya comenzado el suministro continuo durante un período (cdo 39 DCV).

⁷¹ Por el contrario, el legislador español, en la transposición conjunta que hace de ambas directivas al TRLGDCU, señala en el art. 115 ter.1 («requisitos objetivos para la conformidad»), apartado b, que los bienes y los contenidos

expresamente la calidad como criterio, a diferencia de la DCV. Desde el punto de vista subjetivo, la evaluación de la calidad implica que el elemento digital no satisface plenamente al consumidor. Si bien observamos que el art. 8 DCD no menciona expresamente la calidad como uno de los criterios objetivo de conformidad (a diferencia de lo que sí ocurre en el art. 7.b) de la DCV, cuando al establecer los criterios objetivos de conformidad de los bienes sí hace alusión a la calidad), dicha omisión carece de sentido ya que podría llevar a resultados manifiestamente injustos: sin embargo, la referencia a la versión de prueba del art. 8. d) DCD, exigida como criterio objetivo de conformidad, permite observar una referencia tenue a la calidad y, por lo tanto, los elementos digitales deberán ser conformes con la versión de prueba o vista previa de los elementos digitales puestos a disposición por el empresario antes de la celebración del contrato⁷².

- **Período de responsabilidad y carga de la prueba:** el período de garantía y la carga de la prueba son dos de las cuestiones donde surgen las diferencias entre ambas Directivas y en las que, aquí sí, la DCV resulta a priori más favorable para el consumidor. Así, el período de garantía por el que el empresario será responsable por cualquier falta de conformidad cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro, en la DCD no puede ser inferior a dos años⁷³. Por su parte, en la DCV, el art. 10.1 señala este mismo período, pero el propio art. 10.3 permite ampliar dicho plazo con lo que la DCV puede resultar más beneficiosa para el consumidor, en este extremo, que la DCD⁷⁴. En los supuestos de suministro continuo, el art. 11.3 DCD indica que el empresario será responsable durante el período durante el cual deben suministrarse los elementos digitales. De forma similar se expresa la DCV en el art. 10.2; la diferencia es que como mínimo el período por el que será responsable el vendedor serán dos años, con independencia de que el periodo de suministro del elemento digital sea inferior («... el vendedor será responsable por cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifiesta en el plazo de dos años...»). Si el contrato estableciere un suministro continuo que superara los dos años, el vendedor sería responsable por cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro de dicho período⁷⁵. Con relación a la cuestión de la carga de la prueba, ambas Directivas también presentan notorias diferencias. Así, en los supuestos de un acto único de suministro la DCD no hace coincidir el período de responsabilidad del empresario con el período en el que la carga de la prueba recae sobre este ya que lo

digitales deberán, cuando sea de aplicación, poseer la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien o ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato. Por lo tanto, sí menciona la calidad como criterio objetivo de conformidad también para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. El legislador catalán, por la remisión que hace el art. 621-71 al 621-20 (concretamente al art. 621-20.2, apartado b, CCCat) también hace referencia a la calidad como requisito objetivo de conformidad del suministro de elementos digitales.

⁷² Véase GARCÍA GOLDAR, «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius Et Scientia*, 7, 2021, p. 367.

⁷³ Ello es cuestionable ya que los elementos digitales no sufren el aging propio de los bienes- Así, ZOLL, «Art. 11: Liability of the trader», en SCHULZE/STAUDENMAYER, *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 206. En el CCCat, por ejemplo, véase el art. 621-73.1.

⁷⁴ Es el caso del legislador catalán que lo amplía a 3 años, 621-23.1 CCCat. También del legislador español (art. 120.1 TRLGDCU).

⁷⁵ Véase, también, los arts. 621-23.2 CCCat y 120.2 TRLGDCU.

limita a un año a partir del suministro (art. 12.1 DCD)⁷⁶. Ello es cuestionable ya que lo razonable hubiera sido que el plazo de garantía y el de la carga de la prueba fueran los mismos (2 años). Por el contrario, en la DCV, si bien el art. 11.1 DCV señala que la presunción de que la falta de conformidad existe desde la entrega si se manifiesta en el plazo de un año, el art. 11.2 DCV permite a los Estados Miembros introducir un plazo de dos años desde la entrega. Dicho plazo no puede extenderse, aunque el período de garantía sea más largo (art. 10.1 y 10.3 DCV)⁷⁷. Por lo tanto, tampoco aquí tienen porqué coincidir los períodos. Con relación a los supuestos de suministro continuo, la DCD indica que la carga de la prueba respecto si los elementos digitales eran conformes dentro del período durante el cual se hubieren de suministrar recaerá en el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de ese período⁷⁸. Por su parte, la DCV señala que la carga de la prueba recaerá en el vendedor si se manifiesta en el período señalado por el art. 10.2, por lo tanto, 2 años o más, si el suministro se extiende a más de dos años⁷⁹. Aquí cabe hacer una referencia a la facultad de ampliación del art. 10.3 DCV que permite a los Estados Miembros adoptar plazos más largos en sede de responsabilidad que los indicados por los arts. 10.1 y 2. Lo que sucederá es que en algunos casos no coincidirán el plazo de responsabilidad y el período de suministro (en los supuestos del art. 10.2 y 3 DCV), y sólo en las faltas de conformidad manifestadas durante el período de suministro la carga de la prueba recaerá sobre el empresario y no en el resto de supuestos ya que el art. 11.3 se remite al art. 10.2 y no al 10.3 DCV⁸⁰.

- **La modificación de los contenidos o servicios digitales:** Con relación a ello, otro tema que incorpora la DCD es el de las modificaciones, que aparece regulado en el art. 19 DCD (su presencia es inexistente en la DCV). De hecho, habrá actualizaciones que incluso pueden suponer una modificación, si así se acordó por contrato (art. 7d DCD); hablaríamos entonces de *upgrades* y no de *updates*. Algunas modificaciones pueden formar parte del compromiso contractual (como las estipuladas en el contrato como actualizaciones, cdo 74); sin embargo, además de las dirigidas a preservar la conformidad, el empresario debe poder, en determinadas ocasiones, modificar las características de los contenidos o servicios digitales siempre que el contrato establezca un motivo válido para dicha modificación. El art. 19 DCD señala como requisitos para modificar los contenidos/servicios digitales que el contrato lo contemple, como ya se ha dicho, que la modificación no imponga ningún coste añadido al consumidor y que este sea informado de forma clara y comprensible del alcance de la modificación. Asimismo,

⁷⁶ En el TRLGDCU, véase el art. 121.1, en el que se presume que las faltas de conformidad que se manifiesten en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un único acto o en una serie de actos individuales, ya existían cuando el elemento digital se suministró. Vemos que no coincide dicho plazo con el de la garantía de conformidad (art. 120.1 TRLGDCU, que es de dos años en el caso de contenidos y servicios digitales suministrados en un único acto).

⁷⁷ Ello sucede en el CCCat; el período de garantía en los supuestos de bienes con elementos digitales cuyo acto de suministro sea único es de 3 años (621-23.1), aunque la presunción de que la falta de conformidad ya existía en el momento de la venta se limita a un período de dos (621-24.1). En el TRLGDCU, lo mismo (arts. 120.1 y 121.1).

⁷⁸ Así, 621-74.2 CCCat y 121.2 TRLGDCU.

⁷⁹ En el CCCat, será como mínimo de tres años (cfr. arts. 621-24.2 al 621-23). Y en igual sentido se establece en el TRLGDCU (art. 120.2 por remisión del 121.2).

⁸⁰ ARNAU RAVENTÓS, «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Revista de Educación y Derecho*, 24, 2021, pp. 24 -25. En el TRLGDCU y en el CCCat sí que coinciden los plazos de presunción con los de la responsabilidad del empresario (así, arts. 120.2 y 121.2 TRLGDCU y arts. 621-24.2 y 621-23.2 CCCat).

el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos/servicios digitales. Piénsese, por ejemplo, en una aplicación para teléfono inteligente que el consumidor compra con un teléfono que tiene un sistema operativo determinado (por ejemplo, el iPhone 6s). Qué sucede cuando la aplicación deja de funcionar en dicho sistema operativo; ¿podrá el consumidor resolver el contrato si la actualización de la aplicación sólo funciona con el iPhone 8?; ¿qué pasará con el consumidor que siga teniendo el iPhone 6s? ¿puede resolver el contrato al amparo del art. 19.2 DCD? La respuesta es afirmativa sólo si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos/servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es mínimo. ¿Tiene derecho el consumidor a pedir la continuación del servicio que ha quedado obsoleto?⁸¹ El art. 19.4 señala que el consumidor no podrá resolver el contrato si el empresario le ha dado la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación, y los contenidos o servicios digitales siguen siendo conformes. Esta previsión que permite resolver el contrato en caso de modificación del elemento digital sólo se encuentra en la DCD, por lo tanto, sólo respecto de aquellos contenidos digitales que caigan bajo el ámbito de aplicación de la DCD será posible ejercer dicho derecho.

En definitiva, los párrafos precedentes demuestran que sí existen diferencias notorias en materia de conformidad entre ambas regulaciones y, por lo tanto, tal y como está diseñado el régimen actual, los elementos digitales acompañantes del bien estarían condicionados por la regulación que en dicha materia contemple la DCV. Bajo nuestro punto de vista, y según la distinción propuesta (3), los *ancillary digital services* deberían canalizarse a través de la DCD ya que en términos de protección del consumidor y en materia de conformidad dicha directiva proporciona un margen tuitivo más amplio (así, en materia de la no obligación de comunicar la falta de conformidad en un plazo determinado, de la versión que debe suministrarse o de los requisitos de la accesibilidad y la continuidad) y contempla extremos como la modificación de los elementos digitales, materia claramente predicable de los elementos digitales, inexistente en la DCV. A pesar de que hay temas puntuales en los que la DCV es más protectora con el consumidor (así, con relación al período de garantía y, sobre todo, la presunción de falta de conformidad en los supuestos de suministro en un único acto), seguimos insistiendo en que la solución que hubiera sido más conveniente hubiera sido la de permitir la aplicación de la DCD sobre el elemento digital cuando el mismo simplemente mejora o personaliza el bien y no afecta a su funcionalidad básica.

5. Conclusiones

A modo de conclusión, las observaciones precedentes permiten recoger las siguientes ideas críticas:

- La sujeción del elemento digital al régimen de la DCV en los supuestos de bienes con elementos digitales no resulta lo suficientemente justificada en las Directivas de 2019. Es cuestionable que sea el régimen de la compraventa el que deba desplazar el régimen del contenido/servicio digital ya que en muchos casos los elementos digitales acabarán por tener mayor relevancia que el bien al cual se incorporan. Ello lo hemos visto en los supuestos que hemos denominado de los *ancillary digital services*, en los que debería ser la DCD la normativa de aplicación ya que los mismos

⁸¹ Fijémonos que el EUROPEAN LAW INSTITUTE, p. 23, planteó, con relación a dicha cuestión, un derecho al «roll-back», es decir, un derecho a restaurar la versión que se ha quedado obsoleta.

participan únicamente de la funcionalidad ampliada del bien y no influyen directamente en la operatividad básica de aquél.

- Habiendo constatado que las normas sobre la conformidad con el contrato en ambas Directivas no son iguales, es preferible la aplicación de *lex digitalis* en aquellos casos en los que el elemento digital únicamente complementa o personaliza al bien. Si bien hay extremos en que a priori la normativa sobre productos físicos es más beneficiosa (en términos de plazos de garantía y de presunciones de falta de conformidad si el suministro del elemento digital se produce en un único acto de suministro- en materia de suministro continuo la regulación es prácticamente idéntica), la regulación sobre la modificación de los elementos digitales, la prohibición de imponer un plazo para notificar la falta de conformidad, los requisitos de conformidad relativos a la accesibilidad y continuidad o la obligación de suministrar la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato, son aspectos que únicamente están recogidos en la DCD y que nos permiten concluir que hubiera debido preferirse la aplicación de la DCD sobre dichos elementos digitales.

6. Bibliografía

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia/GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *InDret* 1, 2022, pp. 171 s.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Revista de Educación y Derecho*, 24, 2021, pp. 24-25.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, Esther /CÁMARA LAPUENTE, Sergio (eds.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020, p. 83, p. 80.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 41, 2022, pp. 1 s.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, *Armonización Europea y Derecho Contractual*, 2019, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, p. 224.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», (2021) *Diario La Ley 9881*, 2021, p. 12.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3, 2016, p. 9-10.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634 Final», Vienna, 2016, p. 11, p. 14, p. 34, p. 23.

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, «El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2020, p. 571, p. 573, p. 574.

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

GARCÍA GOLDAR, Mónica, «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius Et Scientia*, 7, 2021, p. 367.

GEIREGAT, Simon/STEENNOT, Reinhard, «Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity», CLAEYS, Ignace/TERRY, Evelyne (eds.) *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 114-115, p. 117.

KALAMEES, Piia, «Goods with Digital Elements and The Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)* 12,2, 2021, pp. 131 s.

KALAMEES, Piia/SEIN, Karin, «Connected Consumer Goods: Who Is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 1, 2019, pp. 13 s.

LOOS, Marco B. M., «Not Good but Certainly Content. The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content», en CLAEYS, Ignace/TERRY, Evelyne (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 4 s., p. 31.

MAK, Vanessa, «The New Proposals for Harmonised Rules on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content. Workshop for the Juri Committee», European Parliament, 2016, pp. 8-9.

MISCHAU, Lena, «The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 1/2022, pp. 6-13.

MOŽINA, Damjan, «Art. 20. Right of Redress», en STAUDENMAYER, Dirk/SCHULZE, Reiner (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart Beck Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 327.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Contract for the Supply of Digital Content», en PLAZA PENADÉS, Javier/MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer International Publishing Switzerland, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 207.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Comentario Del Artículo 9 CESL», SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL)- Commentary*, Beck Nomos Hart, Baden-Baden, 2012, p. 111.

SCHULZE, Reiner, «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en DE FRANCESCHI, Alberto (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 127 s.

SEIN, Karin, «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, 8, 2, 2017, p. 96-110.

SEIN, Karin/SPINDLER, Gerald, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Conformity Criteria, Remedies and Modifications- Part 2», *European Review of Contract Law (ERCL)*, 15, 4, 2019, p. 375.

SEIN, Karin/SPINDLER, Gerald, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Scope of Application and Trader's Obligation to Supply- Part 1», *European Review of Contract Law (ERCL)* 15, 3, 2019, pp. 269 s.

SPINDLER, Gerald, «Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de la compraventa», en ARROYO AMAYUELAS, Esther /CÁMARA LAPUENTE, Sergio (eds.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 457.

STAUDENMAYER, Dirk, «Art. 3. Scope», en STAUDENMAYER, Dirk/SCHULZE, Reiner (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 76, p. 61, p. 84.

STAUDENMAYER, Dirk, «Art. 8. Objective requirements for conformity», en STAUDENMAYER, DIRK/SCHULZE, REINER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 159.

STAUDENMAYER, Dirk, «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law (ERPL)* 2, 2020, p. 220.

STRAETMANS, Gert/MEYS, Shana, «The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?», en CLAEYS, Ignace/TERRY, Evelyne (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 318-320, p. 327.

TWIGG-FLESNER, Christian, «Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law», en DE FRANCESCHI, Alberto (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 37.

VANHERPE, Josefiën, «White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content», *European Review of Private Law (ERPL)* 2, 2020, pp. 251-274.

VERECKEN, Jasper/WERBROUCK, Jarich, «Goods with embedded software: consumer protection 2.0 in times of digital content?», *Indiana Int'l & Comp. Law Review* 30, 2019, p. 72.

WENDEHORST, Christiane, «Sale of Goods and Supply of Digital Content - Two Worlds Apart? Study for the Juri Committee», European Parliament, 2016, p. 6, p. 7.

ZOLL, Fryderyk, «Art. 11: Liability of the trader», en STAUDENMAYER, DIRK/SCHULZE, REINER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 206.