



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

TESiS DOCTORAL



**LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ADQUIRENTE DE CONTENIDOS Y
SERVICIOS DIGITALES AL AMPARO DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770**

PRESENTADA POR:

ROBERTO MARTÍN LÓPEZ

DIRECTORES:

DR. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

DR. D. LUCA DI NELLA

SALAMANCA, 2022

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ADQUIRENTE DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES AL AMPARO DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I.- EL MERCADO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	15
1. Génesis y perspectiva del mercado de contenidos y servicios digitales europeo.. ..	15
2. El mercado de contenidos y servicios digitales de la Unión Europea en cifras.....	18
3. La evolución de la protección del consumidor en el ámbito digital europeo y cuadro normativo de referencia.	25
4. La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.	40
CAPÍTULO II.- EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES CON ARREGLO A LA DIRECTIVA (UE) 2019/770. ASPECTOS GENERALES.	47
1. La naturaleza jurídica del contrato de contenidos y servicios digitales.....	47
2. Los conceptos de contenido y de servicio digital.	52
3. Las formas o soportes de suministro.	60
3.1. El suministro <i>offline</i> o sobre soporte material.	61
3.2. El suministro <i>online</i> o a través de la red.	63
4. Modalidades de suministro.....	64
4.1. Suministro en un acto único o en serie de actos únicos puntuales.	64
4.2. Suministro continuo a lo largo de un período de tiempo.....	66
5. Ámbito de aplicación subjetivo.	68
5.1. El consumidor.	68
5.2. El empresario.	74
6. Ámbito de aplicación objetivo.	75
6.1. Exclusiones.	81
CAPÍTULO III.- LA CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES.	85
1. La conformidad de los contenidos y servicios digitales.....	85
2. Requisitos subjetivos de conformidad.....	88

3.	Requisitos objetivos de conformidad.....	100
4.	Exclusión de la evaluación de la conformidad.	110
5.	Integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales.	111
6.	Derechos de terceros.....	113
7.	Plazos de responsabilidad del empresario por la falta de conformidad y prescripción.....	114
8.	Carga de la prueba.	117
8.1.	Excepciones a la carga de la prueba del empresario.	120
8.1.1.	Incompatibilidad del entorno digital del consumidor.	121
8.1.2.	La obligación de cooperación del consumidor con el empresario.	121
9.	La modificación de los contenidos y servicios digitales.....	123
9.1.	Requisitos para la modificación.....	125
9.2.	Derecho a la resolución del contrato consecuencia de la modificación.	129
CAPÍTULO IV.- LAS MEDIDAS CORRECTORAS DEL CONSUMIDOR O USUARIO POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES SUMINISTRADOS Y POR LA FALTA DE SUMINISTRO.		
132		
1.	Origen y evolución de las medidas correctoras del consumidor o usuario ante las faltas de conformidad.....	133
2.	Las medidas correctoras por falta de conformidad en los contenidos y servicios digitales.	138
2.1.	La puesta en conformidad del contenido o servicio digital como remedio primario.....	145
2.1.1.	Los límites a la puesta en conformidad.	148
2.1.2.	Modo de ejecución de la puesta en conformidad.....	155
2.2.	La reducción del precio y la resolución del contrato como remedios secundarios.....	169
2.2.1.	La reducción del precio.	174
2.2.1.1.	Operativa para la reducción del precio.....	179
2.2.1.2.	La reducción del precio en los supuestos de facilitación de datos personales.....	183
2.2.2.	La resolución del contrato.	188
2.2.2.1.	Presupuestos.....	190
2.2.2.2.	Ejercicio del derecho de resolución.....	197
2.2.2.3.	Obligaciones del empresario en caso de resolución.	201
2.2.2.4.	Obligaciones del consumidor en caso de resolución del contrato.	211
2.2.2.5.	El incumplimiento del consumidor como causa de resolución del contrato.....	220

2.2.3. Plazo y modalidades de reembolso en supuestos de reducción del precio y resolución del contrato.....	224
3. La indemnización por daños y perjuicios consecuencia de la falta de conformidad.....	229
4. Las medidas correctoras por incumplimiento de suministro.	236
CONCLUSIONES.....	245
BIBLIOGRAFÍA.	257

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>B2B</i>	<i>Business to Business</i>
<i>B2C</i>	<i>Business to Consumer</i>
CC	Código Civil
<i>CCiv.</i>	<i>Codice Civile</i>
<i>C. cons.</i>	<i>Codice del consumo</i>
CESL	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea
Directiva 1999/44	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
Directiva 2011/83	Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la

	Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo
Directiva 2019/770	Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales
Directiva 2019/771	Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PDCDig	Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales 634/2015
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLGDCU	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
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN.

Il diritto dei consumatori si è evoluto con lo sviluppo della società e dei prodotti e servizi a disposizione dei consumatori e degli utenti, anche se la tutela dei consumatori è stata per tradizione fortemente radicata nell'ambiente analogico o tangibile. Tra molti altri fattori, la crescita demografica, lo sviluppo di nuove tecnologie, le telecomunicazioni e internet, e l'emergere di nuovi prodotti e servizi digitali sono responsabili di questa evoluzione. La connessione di tutti questi fattori ha dato vita all'interno dell'Unione Europea al cosiddetto “Mercato Unico Digitale”, un mercato di enormi dimensioni sia per il numero di persone coinvolte come acquirenti o fornitori, sia per i benefici economici che genera, rendendolo uno dei motori dell'Unione Europea e che, come ha dichiarato l'UE, “stimola l'economia, diminuisce l'impatto ambientale e migliora la qualità della vita attraverso il commercio elettronico e l'e-government”⁽¹⁾.

Dalla metà degli anni '90, i consumatori e gli utenti hanno avuto accesso a certi contenuti e servizi digitali via internet. Per molto tempo, questi sono stati privi di una regolamentazione specifica riguardante lo sviluppo del contratto e la protezione derivata dalla formalizzazione del contratto. Fino ad allora, erano stati regolati dal diritto contrattuale generale, ma non si parlava del contratto per la fornitura di contenuti e servizi digitali, che è diventato un contratto sempre più comune nelle transazioni legali. Si tratta di un contratto che non discrimina in base all'età, alla condizione sociale o economica,

⁽¹⁾ “The ubiquity of the digital single market”, fecha de consulta 23 junio 2021, en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/43/la-ubicuidad-del-mercado-unico-digital>.

dato che la percentuale della popolazione con accesso a internet e dispositivi elettronici come telefoni cellulari o computer è attualmente molto alta e copre praticamente tutta la popolazione.

Il legislatore europeo, e di conseguenza quelli di ogni Stato membro, è stato obbligato a regolare il regime giuridico applicabile ai contratti che coinvolgono i consumatori e il cui oggetto riguarda la fornitura di contenuti o servizi digitali. Questo regolamento si basa essenzialmente sulla direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Nonostante tutto, c'è da dire che alcune questioni erano già state affrontate dalla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori. Tale direttiva è stata di recente ampiamente integrata dalla direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 su alcuni aspetti dei contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali, e dalla direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica a sua volta la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda una migliore applicazione e modernizzazione delle norme a tutela dei consumatori nell'Unione.

La direttiva 2019/770 non ha creato una regolamentazione completa del contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, anche se ha permesso di introdurre nuovi aspetti nelle normative nazionali, soprattutto il particolare regime di mancanza di conformità per questo tipo di contratto. Il legislatore europeo ha cercato di trovare una soluzione ai vari problemi derivanti dalla diversità dei contenuti e dei servizi digitali, così come per la loro fornitura, per cui è stato stabilito

un insieme di obiettivi, il cui denominatore comune è quello di ottenere una maggiore protezione per i consumatori e gli utenti, una maggiore sicurezza giuridica e una riduzione dei costi di transazione.

Così, sulla base dell'articolo 1 della direttiva 2019/770, che specifica l'obiettivo su come contribuire al buon funzionamento del mercato interno europeo fornendo ai consumatori un elevato grado di protezione, ha stabilito un insieme di regole relative ai contratti conclusi tra consumatori e imprenditori per la fornitura di contenuti o servizi digitali. Queste regole sono strutturate in tre blocchi distinti, il primo dei quali si riferisce alla conformità del contenuto digitale o dei servizi con il contratto concluso tra il professionista e il consumatore. Il secondo si riferisce alle misure correttive a disposizione del consumatore in caso di mancanza di fornitura o fornitura con difetto di conformità, così come i metodi disponibili per richiedere tali misure. Infine, la terza sezione affronta la questione della modifica del contenuto digitale o dei servizi da parte del fornitore.

In questo modo, l'obiettivo di questa tesi è quello di analizzare, in una prospettiva europea, il regime di protezione del consumatore o utente che acquisisce contenuti e servizi digitali e che contratta con il fornitore ai sensi della direttiva 2019/770.

A tal fine, il lavoro è stato strutturato in quattro parti distinte che seguono un percorso che permette di comprendere il regime giuridico applicabile, così come le motivazioni e le giustificazioni che hanno portato il legislatore ad adottare determinate soluzioni.

Il primo capitolo, per introdurre l'argomento nel contesto, inizia con un'analisi dell'evoluzione tecnologica in cui la società è stata immersa negli ultimi decenni e poi si addentra in una serie di cifre che giustificano e sostengono la necessità di studiare il contratto di

fornitura di contenuti e servizi digitali. L'importanza e la necessità dello studio dell'argomento di questa tesi è quindi perfettamente accreditata, sia dal punto di vista del numero di consumatori e utenti che da un punto di vista puramente economico. Il tutto è completato da una sintesi dell'evoluzione della protezione dei consumatori nella sfera digitale europea, trattando il quadro normativo di riferimento fino all'emanazione della direttiva 2019/770.

Il secondo capitolo copre lo studio degli aspetti generali del contratto per la fornitura di contenuti e servizi digitali. È importante ricordare che si tratta di un contratto che non ha una tradizione giuridica ed è una novità nel quadro giuridico. Infatti, anche se la direttiva 2019/770 è entrata in vigore nel 2019, il termine per il recepimento negli Stati membri è stato fissato al 1° luglio 2021, ed è applicabile dal 1° gennaio 2022. In questo modo, si è cercato di evidenziare i nuovi concetti che stanno emergendo e che sono assolutamente necessari da conoscere prima di studiare i rimedi a disposizione del consumatore o dell'utente in caso di un difetto di conformità derivante dalla fornitura di contenuti o servizi digitali. Questo perché c'è una serie di particolarità che non esistono in altri tipi di contratti.

Il terzo capitolo si occupa della conformità dei contenuti e dei servizi digitali, analizzando individualmente i requisiti oggettivi e soggettivi della conformità, così come i periodi di responsabilità, l'onere della prova e la modifica dei contenuti e dei servizi digitali, tra le altre questioni.

Infine, il quarto capitolo approfondisce i rimedi del consumatore e dell'utente in caso di mancanza di conformità del contenuto digitale o dei servizi precedentemente forniti. Viene fatto uno studio dettagliato di ciascuno dei rimedi che, nonostante abbiano

molte somiglianze con i regimi esistenti fino ad ora per il consumatore o utente che acquista beni o servizi diversi da quelli digitali, godono di un insieme di particolarità che, per la loro innovazione, meritano un'attenzione speciale. Inoltre, si fa riferimento anche alla responsabilità civile derivante dalla mancanza di conformità e ai rimedi del consumatore o dell'utente in caso di mancanza di fornitura.

CAPÍTULO I.- EL MERCADO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sumario: 1.- Génesis y perspectiva del mercado de contenidos y servicios digitales europeo. 2.- El mercado de contenidos y servicios digitales de la Unión Europea en cifras. 3.- La evolución de la protección del consumidor en el ámbito digital europeo y cuadro normativo de referencia. 4.- La Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

1. Génesis y perspectiva del mercado de contenidos y servicios digitales europeo.

Durante el siglo XV la implantación de la imprenta trajo consigo una revolución cultural al facilitarse la posibilidad de reproducir rápidamente documentos de una forma nunca vista hasta ese momento. Con posterioridad, varios siglos después, la historia se repitió y surgieron medios que facilitaron el acceso a distintos tipos de contenidos en formato analógico en ámbitos como el de la música con los vinilos o casetes, o en el del vídeo con sistemas como el VHS o el Betamax. Si bien, ha sido a lo largo de las últimas décadas cuando se ha producido una revolución que ha supuesto un gran desarrollo de las comunicaciones nunca visto hasta ahora y cuya consecuencia directa

ha sido la rápida generalización del uso de los ordenadores y del acceso a internet⁽²⁾.

La sociedad actual ha cambiado notablemente con respecto a las anteriores, las nuevas generaciones han llegado a un mundo tecnológicamente mucho más avanzado al que existía a mediados del siglo pasado. Situación que ha provocado la aparición nuevas formas de negocio, posibilitando el intercambio de bienes y servicios en formatos completamente diferentes a los empleados hasta hace apenas unos años. No debe obviarse que, desde la primera compraventa, ejecutada bajo unos estándares de seguridad y llevada a cabo completamente *online*, apenas han transcurrido veinticinco años⁽³⁾. Durante este «breve» período, se han producido importantes avances tecnológicos que suponen el origen inmediato de un mercado en el que interviene la inmensa mayoría de las personas integrantes de las sociedades desarrolladas para adquirir bienes y servicios *online* de forma recurrente. A estos deben añadirse todos aquellos contenidos y

⁽²⁾ La Revolución Informática se ha producido en dos fases, la primera que comprende la Revolución Electrónica producida entre 1949 y 1989 y la segunda, denominada Revolución Digital iniciada en 1989 y que continua en la actualidad, al respecto, CASTILLO PARRILLA, J. A., *Bienes digitales. Una necesidad europea*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 260.

⁽³⁾ La cuestión sobre la primera compraventa realizada completamente online de forma segura y legal ha sido discutida, la pizzería Pizza Hut se atribuye haber sido la primera en tramitar un pedido completamente online en el año 1994, no obstante, otros afirman que la primera tuvo lugar ese mismo año teniendo como objeto el álbum de Sting titulado *Ten Summoner's Tales*, sobre la cuestión, v., WEBLEY, K., "A brief history of online shopping", *TIME*, 2010, fecha de consulta 22 abril 2020, en <http://content.time.com/time/business/article/0,8599,2004089,00.html>.; DISQUE, L. Y HECHT, H., "Beyond quill and congress: the necessity of sales tax enforcement and the invention of a new approach", en *American University Law Review*, vol. 65, Washington, 2016, p. 1183.; LODDER, A. R.; MURRAY, A. D., "The European Union and e-commerce", en *EU regulation of e-commerce*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, p. 8.

servicios de naturaleza íntegramente digital que dan lugar a la ejecución de millones de transacciones diarias.

Los consumidores contratan contenidos digitales cada vez con mayor frecuencia, no sólo cuando adquieren programas informáticos o aplicaciones móviles, sino también cuando acceden, en forma digital, a bienes culturales y de entretenimiento, como música, películas, libros electrónicos o videojuegos. Asimismo, los consumidores suelen adquirir servicios digitales, por ejemplo, cuando utilizan servicios de computación en nube para el almacenamiento, el procesamiento y la utilización de datos en servidores remotos a los que se accede en línea (*OneDrive, iCloud, Dropbox, etc.*) o plataformas de redes sociales (*Instagram, Reddit, Twitter, etc.*)⁽⁴⁾. Es decir, se realizan transacciones, no solo con bienes tangibles, sino también con bienes intangibles, lo que se configura como una de las características más axiomáticas del mercado de contenidos y servicios digitales. El empresario en lugar de vender un libro impreso sobre papel en una librería ahora tiene la posibilidad de ofrecer el mismo libro en forma electrónica para su descarga en un dispositivo electrónico. Lo mismo ocurre con la música, que se puede ofrecer a la venta en forma de CD o vinilo, pero también en forma de archivos MP3⁽⁵⁾. Estos contratos en la mayoría de las ocasiones se perfeccionan interactuando únicamente con una pantalla de ordenador, de un teléfono móvil, de videoconsolas o incluso de relojes, y, además, ya no sólo es digital el contenido o

⁽⁴⁾ MANKO, R., *Contracts for supply of digital content to consumers*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2016, p. 2, fecha de consulta 7 mayo 2020, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581980/EPRS_BRI\(2016\)581980_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581980/EPRS_BRI(2016)581980_EN.pdf).

⁽⁵⁾ LOOS, M.; HELBERGER, N.; GUIBAULT, L.; MAK, C., “Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 36 (1), 2013, p. 39.

servicio que se adquiere, sino que también los son las formas de pago, siendo buen ejemplo de ello el uso cada vez más relevante que están adquiriendo las criptodivisas⁽⁶⁾.

Este avance tecnológico ha traído consigo la necesidad de que el marco normativo se adapte a las nuevas formas de negocio, lo que ha obligado al legislador, especialmente en materia de consumo, a tomar medidas que otorguen una adecuada protección al consumidor en el entorno *online*.

Por tanto, queda patente que en los últimos años se ha iniciado una revolución digital, comparable a la revolución industrial, motivo por el que el análisis de la necesidad de regular el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales debe fijar su punto de partida en un conjunto de cifras y estadísticas que permitan concebir la importancia presente y futura del mercado europeo de suministro de contenidos y servicios digitales, para adentrarse posteriormente en el estudio de los pasos seguidos y de las medidas concretas adoptadas por el legislador europeo en aras de alcanzar una mayor protección de los consumidores y usuarios en el mercado digital.

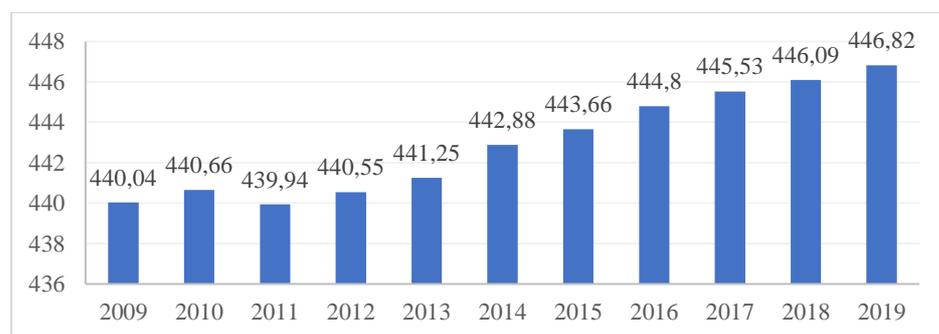
2. El mercado de contenidos y servicios digitales de la Unión Europea en cifras.

La Unión Europea es una asociación económica y política que, tras producirse la salida del Reino Unido, se encuentra integrada por 27 estados soberanos e independientes que en su conjunto albergan

⁽⁶⁾ Para un análisis en profundidad, *vid.*, PASCUA MATEO, F., “Criptomonedas”, en GARCÍA MEXÍA (ed.) *Criptoderecho. La regulación del blockchain*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, fecha de consulta 26 enero 2021, en La Ley Digital 13766/2018.

una población de más de 446 millones de personas⁽⁷⁾. En los últimos años, el crecimiento de esta población ha mantenido un aumento constante, aunque la perspectiva es que se mantenga estable hasta el año 2050, momento en el que se estima que comenzará un descenso continuado, al menos, hasta el año 2100 cuando se prevé que la población se situará en torno a los 408 millones de personas⁽⁸⁾.

Gráfico 1.- Unión Europea: evolución de la población entre 2009 y 2019⁽⁹⁾.



Esto se traduce en un gran mercado que cuenta con más de 446 millones de potenciales consumidores y usuarios⁽¹⁰⁾ que se encuentran en disposición de adquirir toda clase de bienes y servicios en cualquier parte del territorio europeo.

⁽⁷⁾ EUROSTAT, “Population on 1 January”, 2020, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00001/default/table?lang=en>.

⁽⁸⁾ EUROSTAT, “EUROPOP2018 population projections”, 2020, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00002/default/table?lang=en>.

⁽⁹⁾ EUROSTAT, “Population on 1 January”, cit.

⁽¹⁰⁾ Como dijo John F. Kennedy en su discurso al Congreso de los Estados Unidos de América el 15 de marzo de 1962, “Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.” Disponible en <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>, fecha de consulta 26 de febrero de 2020.

Al mismo tiempo y en el mismo espacio conviven las empresas encargadas de suministrar esos bienes y servicios, entre las que también se encuentran las empresas suministradoras de contenidos y servicios digitales. En el año 2018 la Unión Europea contaba con 25.078.307 empresas de las cuales 23.323.938 eran microempresas (9 o menos trabajadores), 1.472.402 pequeñas empresas (de 10 a 49 trabajadores), 235.668 medianas empresas (de 50 a 249 trabajadores) y 46.299 grandes empresas (más de 250 trabajadores)⁽¹¹⁾.

La interacción entre consumidores, usuarios y empresarios europeos ha dado lugar a la creación y regulación de un mercado interior⁽¹²⁾ que supone la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales con la supresión de controles fronterizos, y que

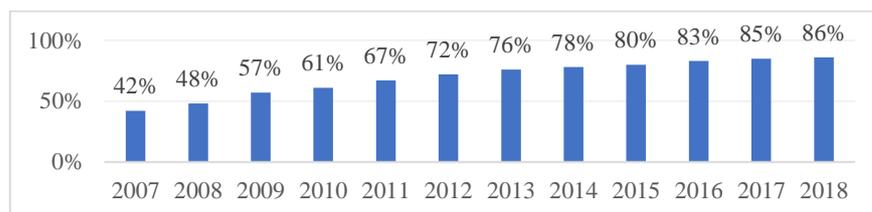
⁽¹¹⁾ La Comisión Europea realiza un exhaustivo análisis de la cuestión anualmente, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Annual report on European SMEs 2018/2019. Research & Development and Innovation by SMEs*, Bruselas, 2019, pp. 16 y ss, fecha de consulta 18 junio 2019, en https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/performance-review_en.

⁽¹²⁾ Además de la Unión Europea existen otros sistemas de integración económica regional y de cooperación entre países, similares, pero no iguales, que conforman mercados con condiciones más ventajosas para los Estados miembros. Por ejemplo, en Sudamérica se ha creado el Mercado Común del Sur, también denominado MERCOSUR, constituido en 1991 y que cuenta con casi 300 millones de usuarios, *vid.* <https://www.mercosur.int/quienes-somos/paises-del-mercosur/>, fecha de consulta 4 marzo 2019. En Norteamérica, se fundó en 1994 por Canadá, Estados Unidos y México el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA). En Asia, se ha constituido en 1992 la *Association of Southeast Asia Nations* (ASEAN) que está constituida por Brunei, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam, *vid.* <https://asean.org/asean/asean-member-states/> fecha de consulta 7 marzo 2019. Con posterioridad, en el año 2010, la ASEAN y China firmaron un Tratado de Libre Comercio creando el área de libre comercio más grande del mundo, denominada ACFTA y que abarca un territorio con una población aproximada de 1.900 millones de personas, sobre la cuestión, *vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, J. J., “Retos e implicaciones de la integración económica en Asia-Pacífico”, en *Relaciones internacionales*, vol. 29, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2015, p. 146.

cuenta con el Euro como moneda única⁽¹³⁾. No obstante, debe tenerse en consideración, que el Mercado Único de la Unión Europea ya no es como lo conocíamos, sino que ahora también es Digital⁽¹⁴⁾.

La situación actual no tiene marcha atrás, la evolución tecnológica es un hecho, fundamentalmente porque el número de personas conectadas a la red de internet se ha ido incrementando notablemente acercándose paulatinamente a la totalidad de la población. En el marco de la Unión Europea este cambio ha sido especialmente significativo entre los años 2007 y 2017, período en el que se ha duplicado el porcentaje de hogares conectados a Internet, y la tendencia indica que en los próximos años más del 90% de los hogares estarán conectados a Internet.

Gráfico 2.- Proporción de hogares con acceso a Internet en la Unión Europea (UE28) entre 2007 y 2018⁽¹⁵⁾.



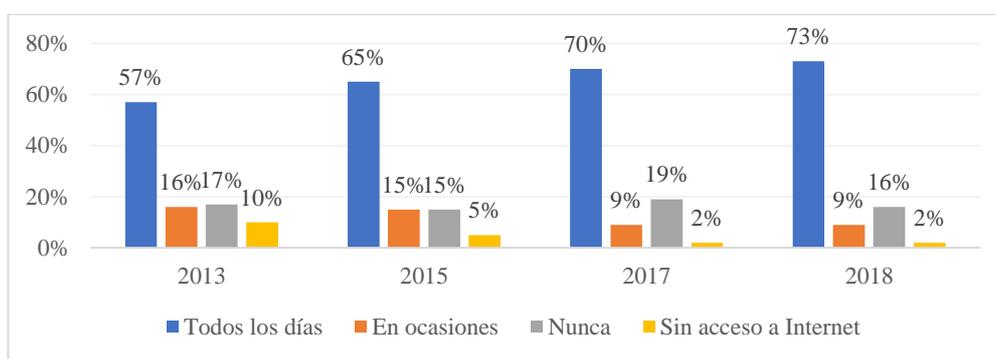
⁽¹³⁾ El Euro es la segunda divisa más utilizada a nivel mundial lo que le convierte en el mayor mercado único con moneda única, al respecto, COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*, Bruselas, 2017, fecha de consulta 13 abril 2019, en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf.

⁽¹⁴⁾ El artículo 26, apartado 2, del TFUE, establece que “el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.”

⁽¹⁵⁾ EUROSTAT, “Share of households with broadband internet access in the EU 28 from 2007 to 2018”, *Statista - The Statistics Portal*, 2019, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://www-statista-com.ezproxy.usal.es/statistics/461348/share-of-households-broadband-internet-acces-eu28/>.

Es un hecho que la sociedad europea vive conectada, durante el año 2018 el 73% de los ciudadanos europeos se conectó a Internet diariamente⁽¹⁶⁾. Es decir, un alto porcentaje de la población usa a diario un ordenador, un teléfono, una televisión o cualquier otro dispositivo para conectarse a Internet, elemento que resulta indispensable para el consumo y uso de contenidos y servicios digitales.

Gráfico 3.- Frecuencia de uso de Internet en la Unión Europea (UE28) entre 2013 y 2018⁽¹⁷⁾.



A esto se añade que un rasgo caracterizador de los contenidos o servicios digitales, y causa de su rápida expansión, es que no realizan discriminación alguna, son adquiridos tanto por menores de edad, como por adultos e incluso ancianos, tanto por personas con alto poder adquisitivo como con dificultades económicas.

Este escenario ha provocado que el consumo de contenidos y servicios digitales se haya convertido en un elemento prácticamente indispensable en la vida diaria de los consumidores europeos⁽¹⁸⁾. De

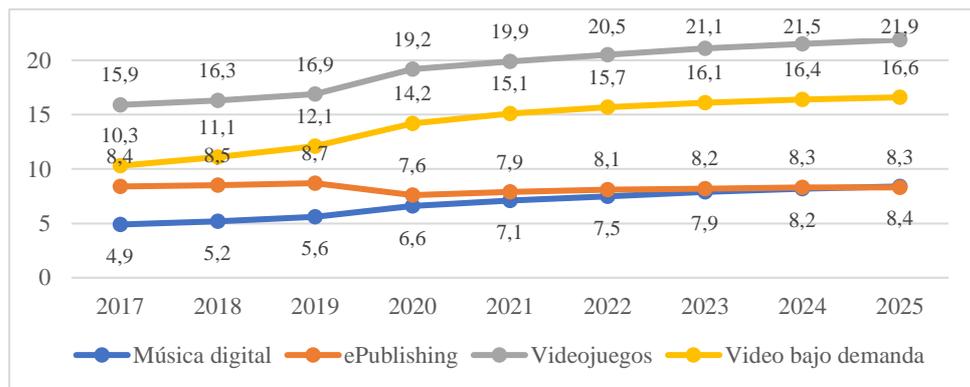
⁽¹⁶⁾ EUROSTAT, “Internet usage frequency among individuals in the European Union (EU28) from 2013 to 2018”, *Statista - The Statistics Portal*, 2020, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://www-statista-com.ezproxy.usal.es/statistics/377697/internet-usage-at-home-european-countries/>.

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹⁸⁾ LOOS, M.; HELBERGER, N.; GUIBAULT, L.; MAK, CHANTAL, “The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law”,

tal forma que el suministro de contenidos o servicios de naturaleza digital se ha convertido en uno de los grandes sectores del mercado, manejando cifras nada despreciables, tanto desde un punto de vista económico como en lo que respecta al elevado número de usuarios y consumidores. Además, motivado entre otros factores por el incremento del uso de la denominada electrónica de consumo y la mejora de las redes de internet, el consumo de contenidos y servicios digitales no ha interrumpido su crecimiento. La previsión es que el consumo de estos continúe aumentando, especialmente en lo relativo a los principales productos como videojuegos, música, vídeo y el *ePublishing*. En particular, merece especial atención el crecimiento de usuarios previsto tanto en el mercado italiano como en el español, donde un alto porcentaje de la población adquiere este tipo de bienes y servicios.

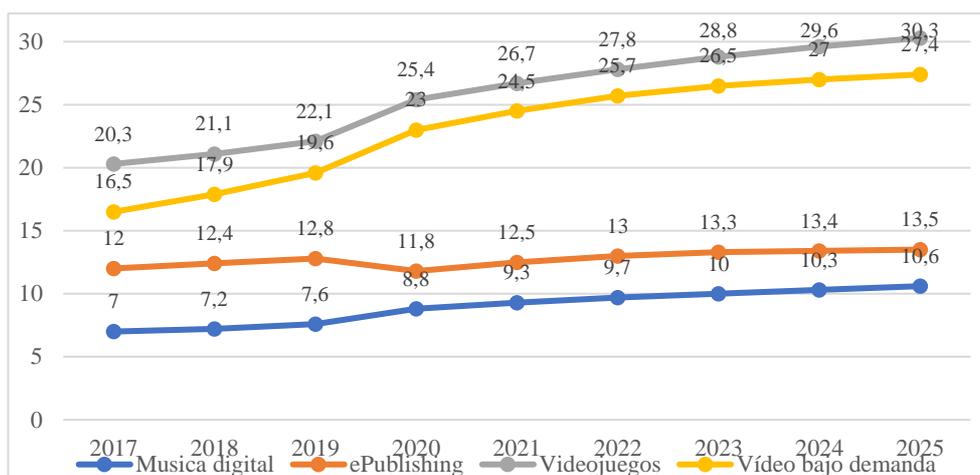
Gráfico 4.- Usuarios previstos en el mercado de Digital Media en España hasta el año 2024 (en millones)⁽¹⁹⁾



European Review of Private Law, vol. 6, 2011, p. 730, fecha de consulta 8 marzo 2019, en https://www.researchgate.net/publication/241858415_The_regulation_of_digital_content_contracts_in_the_optional_instrument_of_contract_law.

⁽¹⁹⁾ STATISTA, “Users in the Digital Media market (Spain) (in millions)”, *Statista - The Statistics Portal*, 2020, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://www-statista-com.ezproxy.usal.es/outlook/200/153/digital-media/spain?currency=eur>.

Gráfico 5.- Usuarios previstos en el mercado de Digital Media en Italia (en millones)⁽²⁰⁾



En el plano puramente económico, y en el caso concreto de España la cifra de negocio del sector de los contenidos digitales ha tenido un crecimiento constante, en el año 2014 era de al menos 7.949 millones de euros y en 2019 superó 14.550 millones, lo que supone un incremento de más de seis mil millones de euros en apenas cinco años⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ STATISTA, “Users in the Digital Media market (Italy) (in millions)”, *Statista - The Statistics Portal*, 2020, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://www-statista-com.ezproxy.usal.es/outlook/200/141/digital-media/italy?currency=eur#market-revenue>.

⁽²¹⁾ Para un exhaustivo análisis de las cifras en torno al sector de los contenidos digitales, *vid.* MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL: OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SI; MUÑOZ LÓPEZ, L.; ANTÓN MARTÍNEZ, P., *Informe anual del sector de los contenidos digitales en España 2020 (Audiovisual, cine, vídeo, música, publicaciones, videojuegos y publicidad online)*, 2020, p. 33, fecha de consulta 30 abril 2021, en https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/2021-02/InformeAnualSectorContenidosDigitalesEspa%C3%B1a2020_2.pdf.

Del estudio conjunto de los datos expuestos se pone de manifiesto que los contenidos y servicios digitales se han consolidado como uno de los grandes pilares del mercado europeo, tanto en términos económicos como en número de consumidores y usuarios. Habiéndose producido por parte de estos últimos una significativa acogida que se ha reflejado en una contratación masiva⁽²²⁾. Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo por parte del legislador, que como se analizará a continuación, no ha realizado una rápida adaptación del Derecho de Consumo a la evolución tanto técnica como social que ha tenido lugar en el medio digital⁽²³⁾.

3. La evolución de la protección del consumidor en el ámbito digital europeo y cuadro normativo de referencia.

La protección del adquirente de contenidos y servicios digitales en el marco del Derecho de Consumo es de reciente creación. A diferencia de lo que ha ocurrido con otras ramas del Derecho, la actividad legislativa no se ha desarrollado al mismo tiempo que ha evolucionado el ámbito digital, puesto que la protección del consumidor tradicionalmente ha estado fuertemente arraigada a un medio analógico y tangible⁽²⁴⁾.

Como se ha expuesto, el contrato de suministro de contenidos digitales es un contrato cada vez más habitual en el tráfico jurídico

⁽²²⁾ La protección de los consumidores desde el punto de vista legislativo solo se comprende en mercados masivos y que funcionan en régimen de libertad, al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., “Contratos de consumo y derecho de contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX (1), BOE, Madrid, 2006, p. 11.

⁽²³⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 11, 2014, p. 83.

⁽²⁴⁾ LOOS, M. Y OTROS, “Digital Content Contracts for Consumers”, cit., p. 38.

desplegándose como una de las figuras contractuales más destacadas del comercio electrónico en el Mercado Único Digital⁽²⁵⁾, pese a ello, hasta hace muy poco no contaba con una regulación propia en el ordenamiento jurídico⁽²⁶⁾. Si bien es cierto que, con anterioridad a la aparición de las primeras normas específicas reguladoras de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, el consumidor ya contaba con normativa comunitaria e interna de cada Estado miembro⁽²⁷⁾, por tanto, no cabe hablar de una laguna legal⁽²⁸⁾. Es por este motivo que el examen de la verdadera protección obtenida por el consumidor tras la regulación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales no debe realizarse desde un marco de

⁽²⁵⁾ CASTILLO PARRILLA, J. A., *Bienes digitales. Una necesidad europea*, cit., p. 154.

⁽²⁶⁾ SÁNCHEZ LERÍA, R., “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 45, 2018.

⁽²⁷⁾ Algunos estados, entre ellos Reino Unido y Países Bajos, si habían realizado una regulación de los contenidos y servicios digitales, al respecto, *vid.* MANKO, R., *Contracts for supply of digital content to consumers*, cit., pp. 3 y ss.

⁽²⁸⁾ En particular, se refiere a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; a 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; y a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). No obstante, es preciso considerar que estas directivas son instrumentos jurídicos promulgados con anterioridad a la generalización de las transacciones realizadas en línea, lo que plantea la necesidad de revisar su contenido para que resulte debidamente aplicable a las distintas circunstancias de los contratos celebrados en línea, especialmente, en lo referido a contenidos y servicios digitales, sobre la cuestión, *vid.* MANKO, R., *Contract law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law?*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2015, p. 8, fecha de consulta 29 abril 2020, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRS_IDA\(2015\)568322_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRS_IDA(2015)568322_EN.pdf).

vacío normativo, sino que debe contrastarse con el Derecho nacional de cada uno los Estados miembros⁽²⁹⁾.

Para el estudio de la específica protección otorgada al consumidor de contenidos y servicios digitales es necesario fijar como punto de partida el año 2010, en el que la Comisión Europea presentó la «Agenda Digital para Europa». Ésta se insertaba dentro de las siete iniciativas propuestas en el marco de la estrategia «Europa 2020» y cuya finalidad se concretó en “obtener los beneficios económicos y sociales sostenibles que pueden derivar de un mercado único digital basado en una internet rápida y ultrarrápida y en unas aplicaciones interoperables”⁽³⁰⁾. Entre otras, recogió un conjunto de acciones encaminadas a que los consumidores adquirieran confianza en el mercado de productos digitales, para lo que se propuso la creación de un instrumento de Derecho contractual complementario de la Directiva sobre derechos de los consumidores con el objetivo de aminorar la fragmentación del Derecho contractual en el ámbito digital⁽³¹⁾.

No obstante, con anterioridad, la Comisión Europea ya había mostrado su preocupación sobre la falta de una regulación concreta de protección del consumidor en el medio digital. En primer lugar, con la promulgación del Libro Verde de 2007 sobre la revisión del acervo en

⁽²⁹⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, 2016, p. 9, fecha de consulta 8 noviembre 2019, en <http://www.indret.com/pdf/1242.pdf>.

⁽³⁰⁾ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Agenda Digital para Europa. COM/2010/0245 final”, 2010, fecha de consulta 29 abril 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245>.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 15.

materia de consumo donde se declaraba que la mayoría de las directivas sobre consumidores no daban respuesta a los problemas que se plantean en los mercados como consecuencia de la rápida evolución y la importancia creciente de la tecnología y servicios digitales en torno a la que los derechos de los usuarios se encuentran con situaciones controvertidas⁽³²⁾. Y, posteriormente, en 2009 cuando la propia Comisión encargó la elaboración de dos estudios para la preparación de la normativa protectora de los consumidores de contenidos digitales. Por un lado, se realizó un estudio de ámbito jurídico⁽³³⁾, concluido en junio de 2011, encabezado por la Universidad de Ámsterdam y en él se llevó a cabo un estudio comparado entre 11 países⁽³⁴⁾ que permitieron desarrollar un conjunto de recomendaciones que tuvieron influencia en la redacción final de la Directiva 2011/83⁽³⁵⁾ y de la propuesta de Reglamento sobre

⁽³²⁾ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo”, *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. C61, 2007, p. 3, fecha de consulta 3 mayo 2020, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007XC0315\(04\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007XC0315(04)&from=ES).

⁽³³⁾ LOOS, M. Y OTROS, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, Amsterdam, 2011, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://hdl.handle.net/11245/1.345662>.

⁽³⁴⁾ Finlandia, Noruega, Francia, Alemania, Italia, Hungría, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, España y Estados Unidos.

⁽³⁵⁾ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. L304/64, 2011, p. 8, fecha de consulta 30 abril 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0771&from=ES>.

compraventa europeo (CESL) de 10 de octubre de 2011⁽³⁶⁾. Mientras que, por otra parte, se encargó un estudio elaborado por economistas⁽³⁷⁾, que también fue concluido en junio de 2011, y que analizó los problemas que los consumidores estaban experimentando con los servicios digitales, así como las causas de estos.

Del mismo modo, el Libro Verde de 2010 sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas planteó la posibilidad de desarrollar un instrumento especialmente creado para los contratos celebrados en línea⁽³⁸⁾. Al mismo tiempo se encontraba en tramitación el proceso relativo a la revisión del *acquis communautaire* de protección de consumidores del que nacería la Directiva 2011/83 y el proceso para la creación de un cuerpo normativo sobre Derecho contractual europeo que dio pie al Proyecto del marco común de referencia para el derecho privado

⁽³⁶⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 9.

⁽³⁷⁾ EUROPE ECONOMICS, *Digital Content Services for Consumers: Assessment of Problems Experienced by Consumers (Lot 1) Report 4: Final Report*, London, 2011, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2e2776a3-7a16-45c4-ac12-6a263521a714/language-en/format-PDF/source-118127875>.

⁽³⁸⁾ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. COM(2010)348 final”, Bruselas, 2010, p. 12, fecha de consulta 30 abril 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:ES:PDF>.

europeo (*Draft Common Frame of Reference - DCFR*)⁽³⁹⁾ y, seguidamente, al CESL⁽⁴⁰⁾.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores del 2008⁽⁴¹⁾ no contenía previsión alguna relativa a los contenidos o servicios digitales, sino que se refería únicamente en su artículo 2, apartado 4, a los «bienes» entendidos como artículos muebles corpóreos. Esta propuesta dio lugar a la Directiva 2011/83⁽⁴²⁾, publicada el 22 de noviembre de 2011, encontrándose entre los principales aspectos tratados la información precontractual que debe ofrecer el empresario al consumidor y el derecho de desistimiento de este último. No obstante, el resultado final ha sido un tanto desilusionante para la doctrina europea⁽⁴³⁾.

La incorporación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2011/83 se produjo en el transcurso

⁽³⁹⁾ Para un análisis en profundidad, *vid.* ZIMMERMANN, R. Y OTROS, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, en *Anuario Derecho Civil*, vol. LXII (IV), BOE, Madrid, 2009.

⁽⁴⁰⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *cit.*, p. 88.

⁽⁴¹⁾ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores. COM (2008) 614 final, 2008.

⁽⁴²⁾ En España la transposición se llevó a cabo a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Por su parte, Italia llevó a cabo la transposición al *Codice del Consumo* (D. Lg. de 6 de septiembre de 2005, n. 206) a través del D. lg. de 21 de febrero de 2014, n. 21.

⁽⁴³⁾ La propuesta inicial planteaba derogar cuatro directivas (1985/77/CEE, 1997/7/CE, 1993/13/CEE y 1999/44/CE) pero finalmente únicamente las dos últimas se mantuvieron vigentes con algunas pequeñas modificaciones, al respecto, *vid.* DÍAZ ALABART, S.; M. T. MORENO ÁLVAREZ (EDS.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, REUS, Madrid, 2014, p. 12.

de su proceso de elaboración, en concreto, con las Enmiendas del Parlamento Europeo adoptadas el 24 de marzo de 2011⁽⁴⁴⁾ dado que como se ha apuntado la propuesta de 2008 no hacía referencia alguna a tal contrato. Se convierte de esta forma en la primera directiva en referirse al contrato de suministro de contenidos digitales, si bien es cierto que no lo define, ni le dedica un capítulo o artículo específico, ni tampoco prevé sistema completo, sino que se limita a una serie de normas a medida diseñadas para tales contratos. Consecuencia directa de esta falta de regulación era la dificultad de interpretar el contrato de suministro de contenidos digitales emanado de la Directiva⁽⁴⁵⁾, además de las notables diferencias existentes en función de si el contenido digital era suministrado con o sin soporte material⁽⁴⁶⁾ en lo que respecta al desistimiento previsto en el artículo 16⁽⁴⁷⁾, así como en lo que concierne a la entrega y a la transmisión del riesgo prevista en los

⁽⁴⁴⁾ Cfr. enmiendas 13, 95, 101 y 134 en: Enmiendas del Parlamento Europeo adoptadas el 24 de marzo de 2011 a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores (COM(2008)0614 – C6-0349/2008 – 2008/0196(COD)), 2019, fecha de consulta en <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0116+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁽⁴⁵⁾ Situación que da lugar a una falta de seguridad jurídica, convirtiéndose en un contrato voluble e impredecible, al respecto, GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., “Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL”, en CARRASCO PERERA, A. (ed.) *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz, Tomo I*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 755.

⁽⁴⁶⁾ La Doctrina se manifestó a favor de un régimen unitario para ambos tipos de contenido puesto que no hay justificación en discriminar a los consumidores en función de si el producto o servicio se descarga en línea o se suministran en un soporte material entregado por correo tradicional, al respecto, v. JACQUEMIN, H., “Digital content and consumer protection within European law”, en *The 8th international workshop for technical, economic and legal aspects of business models for virtual goods : incorporating the 6th international ODRL workshop, September 30th-October 1st 2010 Namur, Belgium*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2010, p. 46.

⁽⁴⁷⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, cit., p. 98.

arts. 18 y 20 respectivamente. A pesar de ello, la mayoría de los preceptos resultan aplicables tanto a los contenidos suministrados con o sin soporte material.

El Considerando 19, de gran importancia para la cuestión tratada⁽⁴⁸⁾, recoge que a efectos de la Directiva los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material, no pueden considerarse como contratos de venta ni de servicios. Así, la primera conclusión que se obtiene de su lectura es que los contratos sobre

⁽⁴⁸⁾ El considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE recoge que “por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios. En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento. Además de los requisitos generales de información, los comerciantes deben informar a los consumidores de la funcionalidad y la interoperatividad pertinente del contenido digital. El concepto de funcionalidad debe hacer referencia a las posibles maneras de utilizar el contenido digital, por ejemplo, para el seguimiento del comportamiento de los consumidores, y referirse asimismo a la ausencia o la presencia de cualquier limitación técnica, como la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional. El concepto de interoperatividad pertinente pretende describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible, por ejemplo, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos. Conviene que la Comisión estudie la necesidad de una mayor armonización de las disposiciones de aplicación respecto del contenido digital y, en caso necesario, presente una propuesta legislativa sobre este tema.”

contenidos digitales suministrados en línea sin soporte material son una nueva categoría de contrato.

El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales abarca una amplia gama de contenidos digitales en línea pues la directiva se aplica a aquellos supuestos en los que el consumidor adquiere el contenido a cambio de un precio y además no descarta su aplicación a aquellos contenidos digitales que sean suministrados sin necesidad de que el consumidor pague un precio o se comprometa a pagarlo. La Directiva define en su artículo 2, apartados 5 y 6 el contrato de venta y el contrato de servicios y en ambos se precisa que el consumidor al adquirir el bien o servicio “pague o se comprometa a pagar un precio”. Sin embargo, en ninguna de sus disposiciones establece tal requisito para los contenidos digitales suministrados en línea⁽⁴⁹⁾.

En el mismo sentido se pronunció la PDCDig, pues permite que el contrato de suministro de contenidos digitales se aplique tanto a aquellos que se suministren a cambio de precio como aquellos sin contraprestación dineraria por parte del consumidor⁽⁵⁰⁾. En su artículo

⁽⁴⁹⁾ COMISIÓN EUROPEA, “Documento de orientación de la DG justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, 2014, p. 72, fecha de consulta 9 marzo 2019, en https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumers/consumer-contracts-law/consumer-rights-directive_en.

⁽⁵⁰⁾ El término contraprestación (*counter-performance*) en forma de datos personales es una de las que más controversia ha suscitado, lo que motivó que la redacción final y versión aprobada de la Directiva 2019/770 eliminara dicho concepto de contraprestación refiriéndose únicamente a facilitación de la que tampoco se precisa que haya de ser activa como se recogía en el proyecto inicial. El Supervisor Europeo de Protección de Datos se mostró reticente al empleo de datos personales como contraprestación del contrato, puesto que la información personal del consumidor no

3 establece que la Directiva resultará de aplicación a todo contrato en el que el proveedor suministre contenidos digitales al consumidor o se comprometa a hacerlo si a cambio se paga un precio por el consumidor o se facilita de forma activa otra contraprestación no dineraria ya sean datos personales o cualquier otro tipo de datos⁽⁵¹⁾.

puede ser comparada con un precio o dinero y no puede ser considerada una mercancía, *vid.* EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, pp. 9 y ss, fecha de consulta 12 mayo 2020, en [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en_1.pdf)

14_opinion_digital_content_en_1.pdf., no obstante, para un análisis detallado del empleo de datos como «forma de pago» en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, véase, GARCÍA HERRERA, V., “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, vol. 1, 2020.; CAMARDI, C., “Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali”, *Giustizia Civile*, vol. 3, 2019. SÁNCHEZ LERÍA, R., “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *cit.* La conclusión es que por parte del legislador se ha tratado de facilitar al consumidor una protección ante un tipo de contrato que hasta ahora era unilateral o no remuneratorio, adaptándose de esta manera a la realidad práctica que cada día viven los consumidores en el mercado digital, al respecto, AGUILERA RUIZ, L., “La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770”, en *La Ley Unión Europea*, vol. 75, 2019 (La Ley 13467/2019), fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

⁽⁵¹⁾ La PDCDig se refería a la posibilidad de que el consumidor facilitara los datos de forma activa hacia el proveedor de contenidos digitales. Al hablar de facilitación activa es el consumidor el que facilita unos datos al proveedor por su propia voluntad, por ejemplo, cuando el consumidor rellena un formulario en el que se le pide el nombre, fecha de nacimiento y correo electrónico, pero hay ocasiones en las que proveedor puede conocer los datos que le interesan sin necesidad de que sea el consumidor el que se los facilite, por ejemplo, puede conocer la ubicación a través de la dirección IP. La PDCDig para solventar la cuestión estableció el mecanismo del automatismo para diferenciar si existe o no facilitación activa, de tal manera que cuando es el proveedor el que obtiene una información que se ha generado automáticamente debe entenderse que no ha habido una facilitación activa de datos por parte del consumidor. La opción de tomar este concepto obedece a omitir el uso

La Directiva 2011/83 estableció en el artículo 28 que sus disposiciones resultarían aplicables a los contratos celebrados después del 13 de junio de 2014, lo que motivó que, de forma prácticamente simultánea, la Comisión Europea publicara un documento a través de la Dirección General de Justicia que facilitara su aplicación. Se trata de un documento meramente orientativo relativo a la aplicación de la Directiva, comprendiendo también las cuestiones referidas a los contenidos digitales⁽⁵²⁾. Se ofrece un conjunto de orientaciones, sin carácter vinculante y no interpretativo, puesto que como hace constar, esta tarea corresponde al Tribunal de Justicia.

Apenas unos meses después de la entrada en vigor de la Directiva 2011/83, el 6 de mayo de 2015 se publicó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa»⁽⁵³⁾. Esta

del término consentimiento, sobre la cuestión, *vid.* TORRUBIA CHALMETA, B., “Mercado único digital y concepto de consumidor”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 22, 2016. Pág. 23. Además, una interpretación estricta del concepto de facilitación activa podría ser contraproducente, puesto que podrían darse situaciones en lo que el proveedor no solicitara datos expresamente al consumidor pero los obtendría igualmente mediante los propios dispositivos o la navegación del usuario, *vid.* PLANA ARNALDOS, M. C., “Los datos personales como contraprestación”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (ed.) *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 587.

⁽⁵²⁾ COMISIÓN EUROPEA, “Documento de orientación de la DG justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, 2014, fecha de consulta 30 abril 2020, en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_es_updated.pdf.

⁽⁵³⁾ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, Bruselas, 6.5.2015 (COM (2015) 192 final)*, fecha de consulta 13 marzo 2019, en <https://eur->

estrategia determinó un conjunto de medidas muy ambiciosas en materia de protección de consumidores, estableciendo como objetivo final que todos los consumidores de la Unión Europea estén fuertemente protegidos, cuenten con gran seguridad jurídica y se encuentren en igualdad de condiciones con independencia del país miembro en el que adquieran bienes o servicios dentro del entorno digital y del lugar de residencia, así como que las empresas tengan gran facilidad de acceso al mercado para ejercer actividades en línea en condiciones de competencia⁽⁵⁴⁾. Se trata de implantar un mercado en el que tanto los consumidores como los empresarios ganen, la competencia será mayor dando la posibilidad de acceder a unos precios más bajos lo que a su vez implicará un mayor crecimiento de los intercambios provocando beneficios macroeconómicos en el conjunto de la Unión Europea⁽⁵⁵⁾. Estos objetivos tratan de lograr que el mercado único también lo sea en el ámbito digital, alcanzando unas condiciones adecuadas para que los servicios digitales evolucionen y maximicen el gran potencial de crecimiento que ofrece el mercado digital, puesto que este constituye uno de los motores de crecimiento económico en la Unión Europea.

lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES.

⁽⁵⁴⁾ La Comunicación de la Comisión está estructurada en dieciséis propuestas divididas en tres pilares. El primero busca mejorar el acceso de consumidores y empresas a los bienes y servicios digitales disponibles en Europa. El segundo pretende crear una serie de condiciones que puedan permitir el desarrollo de las redes digitales y de los servicios innovadores, todo ello dentro de un marco de igualdad. Finalmente, el tercer pilar busca la maximización del potencial crecimiento que la economía digital puede ofrecer a la Unión Europea.

⁽⁵⁵⁾ PRATS ALBENTOSA, L., “Comercio electrónico europeo de bienes y contenidos digitales: mayor armonización de los derechos de los consumidores y de los deberes de los oferentes”, en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, vol. 8703, La Ley, 2016 (La Ley 478/2016), fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

La propia Comisión Europea, a través de su presidente Jean-Claude Juncker, estimó que lograr los objetivos que plantea la estrategia reportaría un crecimiento adicional de hasta 250.000 millones de euros a partir del año 2019 creando cientos de miles de puestos de trabajo⁽⁵⁶⁾. Acabar con la fragmentación y barreras existentes en el mercado digital y que sin embargo no existen en el mercado físico podría incrementar el PIB europeo en 415.000 millones de euros⁽⁵⁷⁾. Al mismo tiempo, da respuesta a la cuestión de por qué es necesario implantar un mercado único digital afirmando que “la economía mundial se está convirtiendo rápidamente en digital”. De esta manera, se han sentado las bases para el desarrollo del mercado único digital europea⁽⁵⁸⁾ que comprende telecomunicaciones, marketing digital y comercio electrónico en un espacio abierto sin fronteras donde consumidores y empresarios puedan realizar actividades comerciales, innovando e interactuando de un modo legal, seguro y económico⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 6 de Mayo de 2015, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, [Bruselas, Com (2015) 192 Final]”, 2015, p. 2, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>.

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 3.

⁽⁵⁸⁾ En palabras de la propia Comisión Europea “un mercado único digital es aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia”, al respecto, *Ibid.*

⁽⁵⁹⁾ COMISIÓN EUROPEA, *La UE y el Mercado Único Digital*, 2017, p. 3, fecha de consulta 19 junio 2019, en <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/digital/es/>.

En ocasiones los consumidores y los pequeños empresarios no tienen una participación más activa en el comercio electrónico ya que las normas aplicables a este tipo de negocios suelen tener una especial complejidad, no son claras y además son diferentes en cada uno de los estados. Además, existen dificultades que comprenden la aplicación de tarifas específicas, el denominado bloqueo geográfico, las deficiencias en el acceso a internet e incluso la falta de competencias digitales que dificultan realizar negocios, comprar bienes o acceder a contenidos o servicios digitales suministrados desde otro Estado miembro. Las consecuencias inmediatas son, por un lado, que muchos consumidores queden fuera de una gama de bienes y servicios mayor, y, por otro lado, que las propias empresas no pueden suministrar tantos bienes, contenidos y servicios como quisieran. Con la finalidad de acabar con esta situación se propusieron medidas como alcanzar una armonización de los derechos y obligaciones relativos a los contratos realizados a distancia o en línea y cuyo objeto son los contenidos y servicios digitales. El objetivo se resume en la eliminación de tales obstáculos y barreras existentes entre los distintos mercados de los estados miembros, otorgando a los consumidores libertad y seguridad jurídica a la hora de relacionarse en el mercado digital con las empresas, tanto a nivel nacional como europeo.

Entre los grandes logros de la Estrategia para el Mercado Único Digital se encuentra la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales⁽⁶⁰⁾, que fue tramitada en paralelo con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y

⁽⁶⁰⁾ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD), 2015, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2015:0634:FIN>.

del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes⁽⁶¹⁾, ambas de 9 de diciembre de 2015.

Tras casi cuatro años de negociaciones la propuesta dio lugar a la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁽⁶²⁾, y cuya corrección de errores fue publicada el 26 de noviembre de 2019⁽⁶³⁾. Constituyendo el régimen jurídico previsto en la misma el núcleo esencial de esta tesis.

⁽⁶¹⁾ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes. COM/2015/0635 final - 2015/0288 (COD), 2015, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2015:0635:FIN>.

⁽⁶²⁾ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. L136, 2019, p. 770, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0770>.

⁽⁶³⁾ Corrección de errores de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. L305, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.305.01.0062.01.SPA&toc=OJ:L:2019:305:TOC.

4. La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

La Directiva 2019/770 tiene como principal objetivo contribuir al desarrollo y rápido crecimiento de oportunidades dentro del Mercado Único Digital, todo ello en beneficio de consumidores y empresarios, introduciendo un elevado nivel de protección no sólo para aquellos consumidores que paguen por un servicio, sino que también para los que faciliten datos a cambio de dicho servicio⁽⁶⁴⁾.

En particular, eliminando los principales obstáculos que entorpezcan el comercio entre los Estados miembros. Es una norma que pretende evitar que empresas y consumidores tengan que enfrentarse a la incertidumbre que supone la intervención dentro de los distintos marcos jurídicos, así como los costes en que las empresas pueden incurrir por las diferencias existentes en materia contractual en el ámbito de la Unión Europea.

La entrada en vigor el 11 de junio de 2019 de la Directiva 2019/770 supone un paso hacia delante en la protección de los consumidores, así como para los propios suministradores de contenidos y servicios digitales, ya que cuenta con una regulación. Que, si bien no instaura un régimen contractual completo pues como su nombre indica se refiere solamente a determinados aspectos, sí que es específica de un tipo de contrato, que como se ha analizado, cuenta

⁽⁶⁴⁾ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “La UE adopta nuevas normas en materia de contratos de compraventa de bienes y contenidos digitales”, fecha de consulta 28 septiembre 2020, en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/04/15/eu-adopts-new-rules-on-sales-contracts-for-goods-and-digital-content/>.

con una trascendencia e importancia en constante crecimiento⁽⁶⁵⁾. Se trata de una Directiva “pionera en la defensa contractual de los usuarios digitales”⁽⁶⁶⁾.

La Directiva 2019/770 consta de 27 artículos, y señala en el primero de ellos que su finalidad es contribuir a un correcto funcionamiento del mercado interior europeo, dando un alto nivel de protección a los consumidores, estableciendo un conjunto de normas comunes a los contratos celebrados por estos con empresarios para el suministro de contenidos o servicios digitales, y en concreto, sobre la conformidad de los mismos, las medidas correctoras a disposición del consumidor en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro y las modalidades para exigirlos y finalmente el régimen aplicable en los supuestos de modificación de los contenidos o servicios digitales suministrados. Por tanto, no hace una regulación íntegra del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, sino que se centra especialmente en el régimen de la falta de conformidad particular para este tipo de contrato que había quedado fuera de la Directiva 2011/83.

Además de la protección del consumidor la Directiva 2019/770 busca alcanzar el desarrollo del mercado único europeo a través de la armonización de las normas y facilitando así la interacción entre

⁽⁶⁵⁾ La propuesta fue votada el 15 de abril de 2019 con el voto a favor de todos los Estados Miembros, excepto del Reino Unido que se abstuvo al encontrarse en proceso de salida de la Unión Europea, al respecto, véase el resultado de la votación, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Expediente interinstitucional: 2015/0287 (COD)”, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8614_2019_INIT&from=EN.

⁽⁶⁶⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, p. 862, fecha de consulta 8 febrero 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5226>.

consumidores y empresarios de los distintos Estados miembros. De este modo pretende lograr una regulación uniforme en el conjunto de la Unión Europea, estimulando la contratación transfronteriza. Por este motivo, el artículo 4 Directiva 2019/770 adopta la posición de la armonización plena o de máximos limitando a los Estados miembros la posibilidad de introducir o mantener, en sus respectivos Derechos nacionales, disposiciones que sean más o menos estrictas y que otorguen a los consumidores distintos niveles de protección⁽⁶⁷⁾, salvo disposición en contrario en la propia Directiva 2019/770. En particular, el art 3, apartado 10, mantiene la facultad de cada Estado miembro de regular todos aquellos aspectos de Derecho contractual general que no se encuentren estipuladas en la Directiva, así como para el derecho a indemnización al consumidor por los daños y perjuicios que eventualmente pueda sufrir. Del mismo tenor, el artículo 20 relativo al derecho de repetición, establece que cada Estado miembro determinará en un Derecho nacional quien es el responsable, así como las acciones y condiciones de su ejercicio. No obstante, la salvedad introducida por el legislador no afecta al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, sino que se limita al ámbito sustantivo.

Los Estados miembros debían comunicar a la Comisión Europea antes del 1 de julio de 2021 la transposición de la Directiva⁽⁶⁸⁾, siendo aplicables las medidas adoptadas en todos los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales celebrados desde el 1 de enero de 2022, previéndose un período de *vacatio legis* mínimo de seis meses. No obstante, señala la Directiva 2019/770 que los consumidores deben beneficiarse de la protección otorgada por la

⁽⁶⁷⁾ Para un análisis del principio de armonización plena, *vid.* EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 2, 2010, pp. 10 y ss.

⁽⁶⁸⁾ *Cfr.* artículo 24 Directiva 2019/770.

Directiva 2019/770 tan pronto como se apliquen las medidas nacionales de transposición. Por tanto, la Directiva 2019/770 es aplicable “a los contratos de duración determinada o indefinida que se hayan celebrado antes de la fecha de aplicación y que prevean el suministro de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo, ya sea de forma continua, ya sea a través de una serie de actos individuales de suministro, pero solo en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales suministrados a partir de la fecha de aplicación de las medidas nacionales de transposición”, asimismo, para garantizar el equilibrio entre consumidor y empresario y sus intereses legítimos, las medidas adoptadas por los Estados miembros para la transposición de las disposiciones sobre modificación de los contenidos y servicios digitales y el derecho de repetición únicamente son aplicables a los contratos celebrados con posterioridad al 1 de enero de 2022⁽⁶⁹⁾. Además, se ha establecido como fecha límite el 12 de junio de 2024 para que por parte de la Comisión Europea se lleve a cabo la revisión de la aplicación de la Directiva 2019/770 para lo que se presentará un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo⁽⁷⁰⁾.

En España la transposición de la Directiva 2019/770 se ha llevado a cabo a través del artículo decimosexto del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales,

⁽⁶⁹⁾ *Cfr.* considerando 83 Directiva 2019/770.

⁽⁷⁰⁾ *Cfr.* artículo 25 Directiva 2019/770.

desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores⁽⁷¹⁾.

En Italia la transposición de la directiva fue aprobada en sede preliminar por el consejo de ministros el 29 de julio de 2021⁽⁷²⁾, sin que a fecha de finalización del presente trabajo se haya promulgado la ley que modifica el *Codice del Consumo*.

Procedimiento paralelo a la PDCDig siguió la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes de 9 de diciembre de 2015⁽⁷³⁾ que ha finalizado con la adopción de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44⁽⁷⁴⁾. Esta establece que

⁽⁷¹⁾ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, fecha de consulta 30 abril 2021, en <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/04/27/7/con>.

⁽⁷²⁾ Al respecto, véase el sitio web oficial del *Dipartimento per le Politiche Europee - Presidenza del Consiglio dei Ministri*, fecha de consulta 8 de septiembre de 2021, <http://www.politicheeuropee.gov.it/it/normativa/recepimento-atti-ue/direttiva-ue-2019770/>

⁽⁷³⁾ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes. COM/2015/0635 final - 2015/0288 (COD), cit.

⁽⁷⁴⁾ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. L136, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0771>.

debe complementarse con la Directiva 2019/770⁽⁷⁵⁾, y, aunque la materia que tratan se refiere esencialmente a los mismos asuntos (conformidad y remedios) con algunas matizaciones, el ámbito de aplicación objetivo de las mismas es completamente diferente. La Directiva 2019/771 comprende contratos de compraventa de bienes *B2C*⁽⁷⁶⁾ excluyendo los contratos celebrados con consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales. Destaca también la inclusión de los bienes con elementos digitales que sean suministrados de acuerdo con el contrato de compraventa independientemente de si el suministro lo realiza el vendedor o un tercero⁽⁷⁷⁾.

Finalmente, se encuentra la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Esta lleva a cabo una modificación de cuatro de las fuentes europeas de protección al consumidor con el objetivo de implementarse en el marco jurídico existente, tanto en el apartado sancionador como en aquellas disposiciones de derecho sustantivo tratando de alcanzar el difícil equilibrio entre protección del consumidor y beneficio del empresario⁽⁷⁸⁾.

Una vez reflejado el procedimiento a través del cual se ha llegado hasta la promulgación de la Directiva 2019/770, en los

⁽⁷⁵⁾ *Cfr.* considerando 13 Directiva 2019/771.

⁽⁷⁶⁾ *Cfr.* artículo 3 Directiva 2019/771.

⁽⁷⁷⁾ *Cfr.* artículo 3, apartado 2, Directiva 2019/771.

⁽⁷⁸⁾ SPEZIALE, I., “La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul Mercato Unico”, *Il Corriere Giuridico*, vol. 4, 2020, pp. 441 y ss.

siguientes epígrafes de esta tesis se llevará a cabo un desarrollo de los aspectos por ella introducidos en aras a la mayor protección del consumidor.

CAPÍTULO II.- EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES CON ARREGLO A LA DIRECTIVA (UE) 2019/770. ASPECTOS GENERALES.

Sumario: - 1. La naturaleza jurídica del contrato de contenidos y servicios digitales. - 2. El concepto de contenido y servicio digital. - 3. Las formas o soportes de suministro. 3.1 El suministro *offline* o sobre soporte material. 3.2 El suministro online o a través de la red. - 4. Modalidades de suministro. 4.1 Suministro en un acto único o en serie de actos únicos puntuales. 4.2 Suministro continuo a lo largo de un período de tiempo. - 5. Ámbito de aplicación subjetivo. 5.1. El consumidor. 5.2. El empresario. - 6. Ámbito de aplicación objetivo. 6.1 Exclusiones.

1. La naturaleza jurídica del contrato de contenidos y servicios digitales.

La intervención de los consumidores y usuarios en el mercado digital lleva consigo la realización de negocios con empresarios y suministradores de contenidos y servicios digitales que no implican mayores inconvenientes para su identificación con las formas jurídicas contractuales clásicas. No obstante, los rasgos identificadores de la contratación en el ámbito digital incluyen la necesidad de que la normativa aplicable se adapte a las circunstancias presentes en dicha modalidad de contratación pues, actualmente, ya no resulta extraño para nadie que el consumidor lleve a cabo un acceso o una descarga para disfrutar de contenidos o aplicaciones, ya sea, *Facebook, Tik Tok*,

Pinterest, Twitch, etc., lo que al mismo tiempo ha provocado que se utilicen términos que hasta ahora han resultado inéditos en el derecho positivo⁽⁷⁹⁾.

La Directiva 2011/83 introduce en el ordenamiento jurídico, por primera vez, la categoría del contrato de suministro de contenidos digitales, optando por no realizar configuración alguna respecto a la naturaleza jurídica del contrato. Sin embargo, sí que se precisó, en el considerando 19⁽⁸⁰⁾, que aquellos contratos en los que el suministro no se realizara sobre un soporte material no podrían ser calificados a efectos de la Directiva como contratos de compraventa o de servicios⁽⁸¹⁾, es decir, sólo brindaba tal posibilidad a los contratos celebrados sobre un soporte material, por ejemplo, un DVD con una película. Esta apreciación desaparece con la publicación de la PDCDig, si bien se mantiene inmutable en la línea de no definir la naturaleza jurídica del contrato, postura que la Comisión Europea preservó intacta a lo largo de todo el proceso negociador ante la

⁽⁷⁹⁾ PLANA ARNALDOS, M. C., “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 577.

⁽⁸⁰⁾ El considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE comienza diciendo que “por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios.”

⁽⁸¹⁾ JACQUEMIN, H., “Digital content and consumer protection within European law”, cit., pp. 46 y ss.

ausencia de enmiendas, con respecto a esta cuestión, por parte del Parlamento Europeo⁽⁸²⁾ y del Consejo⁽⁸³⁾, y que a juicio de la doctrina resulta acertada⁽⁸⁴⁾. La justificación de esta decisión se encuentra en tratar de evitar que el rápido desarrollo tecnológico pueda superar tal calificación, y se trata, por tanto, de una opción totalmente deliberada⁽⁸⁵⁾. Además, la Directiva 2011/83 había introducido distinciones en función de si el suministro del contenido digital era realizado con o sin soporte material, cuestión respecto a la cual previamente se habían producido opiniones en el sentido que era preferible un régimen unitario para ambos tipos de contenido puesto que no hay justificación en discriminar a los consumidores en función de si el contenido o servicio se descarga en línea o se suministra en un soporte material.

Con la promulgación de la Directiva 2019/770 se confirma la indeterminación de la naturaleza jurídica del contrato de suministro de

⁽⁸²⁾ PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*. (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), Bruselas, 2017, fecha de consulta 6 mayo 2020, en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_ES.html.

⁽⁸³⁾ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales - Orientación general. Expediente interinstitucional: 2015/0287 (COD)*, Bruselas, 2017, fecha de consulta 6 mayo 2020, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil:ST_9901_2017_ADD_1.

⁽⁸⁴⁾ La indeterminación de la naturaleza jurídica del contrato se presenta como una solución adecuada para la resolución de los distintos problemas que se le presentan a los consumidores, al respecto, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, *cit.*, p. 16.;

⁽⁸⁵⁾ SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply - Part 1”, *European Review of Contract Law*, vol. 15(3), 2019, p. 260.

contenidos y servicios digitales. La cuestión se aborda en el considerando 12, que señala que corresponde al derecho nacional de cada Estado miembro determinar la naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales y si tales contratos pueden ser contratos de compraventa, de servicios, de arrendamiento, o incluso, si se trata de un contrato atípico⁽⁸⁶⁾. Ante la ausencia de regulación de la naturaleza del contrato, queda en manos del legislador de cada Estados miembro tal determinación, por tanto, en función de la forma en que se realice la prestación, el contrato puede ser calificado como compraventa (compra en soporte material), contrato de servicios (acceso por parte del consumidor), permuta (si hay facilitación de datos), contrato de obra (si el empresario se ajusta a las exigencias específicas marcadas por el consumidor), arrendamiento (si se produce una cesión temporal de carácter oneroso del contenido digital sobre un soporte material)⁽⁸⁷⁾. Además, el legislador evita de este modo entrar en cuestiones más complejas relativas a la posesión, la propiedad, la cesión o la reutilización⁽⁸⁸⁾.

El modelo al que se refiere la Directiva viene dado por el heterogéneo mundo del «acceso», en el que cada vez con menos

⁽⁸⁶⁾ En este sentido se puede apreciar que en la redacción de la Directiva 2019/770 el legislador hace referencia al empresario, no al vendedor como ocurre en la Directiva 2019/771 referida a la compraventa.

⁽⁸⁷⁾ SERRA RODRÍGUEZ, A., “Algunos aspectos de la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019”, en SAIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (ed.) *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 562.

⁽⁸⁸⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular, en contratos con consumidores)”, en LAUROBA LACASA, E., TARABAL BOSCH, J. (eds.) *El Derecho de Propiedad en la construcción del Derecho Privado Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 356.

frecuencia, los efectos del contrato para el consumidor consisten en la adquisición del derecho exclusivo de propiedad sobre un bien determinado, sino que basa más bien en el uso de determinadas modalidades técnicas, entre las más frecuentes, el *streaming*, la descarga, o el acceso a un servicio en la nube, que le permiten beneficiarse de un conjunto de datos en formato digital. Es decir, si en la compra de un DVD se puede seguir teniendo la idea de enfrentarse a un contrato de compraventa de un bien mueble, aunque contenga un contenido digital completo, esta idea se desvanece cuando el mismo archivo se descarga directamente, y desaparece definitivamente cuando el consumidor utiliza un servicio de almacenamiento de datos, accede a una plataforma de software o se suscribe a una red social⁽⁸⁹⁾.

En todo caso, independientemente de la forma en que se lleve a cabo la ejecución del suministro por parte del empresario, el consumidor debe gozar de todos los derechos que le otorga la Directiva, siendo la ulterior calificación del contrato como -compraventa, servicios, arrendamiento, etc.- la que determinará las reglas adicionales que resulten de aplicación y que en todo caso no podrán alterar el régimen establecido por la Directiva de máximos⁽⁹⁰⁾. Por tanto, la consecuencia es que el derecho de contratos interno de cada Estado miembro continuará teniendo efectos transcendentales en la relación contractual, puesto que hay algunas cuestiones que no pueden afectar al Derecho nacional porque la Directiva no las regula, ente ellas las relativas a la celebración, validez, nulidad o efectos de

⁽⁸⁹⁾ CAMARDI, C., “Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali”, cit., pp. 501 y ss.

⁽⁹⁰⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 17.

los contratos o normas relativas a la legalidad de los contenidos digitales o de los servicios digitales⁽⁹¹⁾.

2. Los conceptos de contenido y de servicio digital.

Los conceptos de «contenido digital» y «servicio digital» son de reciente creación para la sociedad, para el Derecho y especialmente para los consumidores que han visto como en un corto período de tiempo el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales se ha convertido en uno de los más frecuentemente utilizados en el tráfico jurídico.

La Directiva 2011/83 es pionera en la introducción del concepto «contenido digital»⁽⁹²⁾ en el ámbito del Derecho de Consumo, así como, en regular algunos aspectos relativos al contrato de suministro de contenidos digitales⁽⁹³⁾. De este modo, en su artículo 2, apartado 11, y en su redacción original⁽⁹⁴⁾, definía los contenidos

⁽⁹¹⁾ Cfr. considerando 12 Directiva 2019/770.

⁽⁹²⁾ El término digital debe interpretarse como sinónimo de electrónico, *vid.* APARICIO VAQUERO, J. P., “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, InDret, Barcelona, 2016, p. 5.

⁽⁹³⁾ También introdujo los conceptos de «funcionalidad» e «interoperabilidad» a través del considerando 19 y los plasmó como requisitos de información, tanto para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento [artículo 6, apartado 1, letras r) y s)] como para aquellos contratos distintos de estos [artículo 5, apartado 1, letras g) y h)].

⁽⁹⁴⁾ El artículo 4, apartado 1, letras d) y e) de la Directiva 2019/2161 ha armonizado las definiciones de «contenido digital» y «servicio digital» de la Directiva 2011/83/UE y de la Directiva 2019/770. En consecuencia, el artículo 2, apartado 11, de la Directiva 2011/83/UE, relativo a la definición de contenido digital se sustituye por “«*contenido digital*»: el contenido digital tal como se define en el artículo 2, punto 1, de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo.” Y, además, se añade un apartado 16 al citado artículo que incorpora la definición de

digitales como “los datos producidos y suministrados en formato digital”. No obstante, dicha definición no ha estado exenta de crítica, algún sector doctrinal estimó que no es una definición del todo acertada pues hay datos que se producen en forma analógica y con posterioridad son transformados a formato digital, la forma en que se producen debería ser irrelevante recayendo la importancia exclusivamente en la forma en se suministra al consumidor⁽⁹⁵⁾. Otros autores, interpretan que debe ser considerados contenidos digitales los que sean fruto de un proceso de digitalización, por ejemplo, mediante un escáner de obras ya existentes que originariamente no eran digitales⁽⁹⁶⁾.

De manera que, el legislador, consciente de la amplitud de la definición⁽⁹⁷⁾, introdujo a través del considerando 19 un conjunto de apreciaciones que facilitan la correcta interpretación del precepto, señalando como ejemplos de contenidos digitales “*programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios*”⁽⁹⁸⁾.

servicio digital con el siguiente tenor, “*un servicio digital tal como se define en el artículo 2, punto 2, de la Directiva (UE) 2019/770*”

⁽⁹⁵⁾ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., “Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL”, cit., p. 753.

⁽⁹⁶⁾ RUMI, T., “Art. 45”, en D’AMICO, G. (ed.) *La riforma del Codice del Consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, Cedam, Padova, 2015, p. 66.

⁽⁹⁷⁾ Al respecto, v., COMISIÓN EUROPEA, “Documento de orientación de la DG justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, cit., p. 72.

⁽⁹⁸⁾ A pesar de la importancia del considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE, el legislador español no plasmó su contenido a llevar a cabo la transposición a través Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley

Lo relevante es que el dato se haya producido y suministrado en un formato digital, resultando indiferente el tipo de dato y que el suministro sea a través de un medio material o inmaterial, siempre que el formato sea digital⁽⁹⁹⁾. Así, el «formato digital» se refiere a aquella información que ha sido creada mediante un sistema informático, información que ha sido transformada, a través del sistema binario, a números (0 y 1)⁽¹⁰⁰⁾, por ejemplo, el sonido grabado en un CD en el que las ondas sonoras han sido traducidas en cifras. Además, debe distinguirse la obra digital creada originariamente en formato digital y representada mediante lenguaje binario de la obra digitalizada que es aquella creada en formato analógico y posteriormente transformada en formato digital⁽¹⁰¹⁾.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), propuesta que como es sabido no logró salir adelante,

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁽⁹⁹⁾ La definición es suficientemente amplia como para abarcar la potencial variedad de situaciones que pueden darse con el suministro de datos en formato digital, al respecto, COMISIÓN EUROPEA, “Documento de orientación de la DG justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, cit., p. 72.

⁽¹⁰⁰⁾ CASTILLO PARRILLA, J. A., “El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de Diciembre”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 17, 2016, p. 55.; en el mismo sentido, LUCCHI, N., *I contenuti digitali, tecnologie, diritti e libertà*, Springer, Milano, 2010, p. 18.

⁽¹⁰¹⁾ MALLO MONTOTO, D., *La difusión en Internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, REUS, Madrid, 2018, p. 324.

también incluyó un concepto de contenido digital más exhaustivo y detallado que el de la Directiva 2011/83⁽¹⁰²⁾.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2011/83, hizo su aparición la Estrategia para el Mercado Único Digital⁽¹⁰³⁾ y con ella nació la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre de 2015⁽¹⁰⁴⁾. Apenas cuatro años después de la entrada en vigor de la Directiva 2011/83, la propuesta optó por acoger un concepto más amplio, casi omnicomprendido⁽¹⁰⁵⁾, de la noción de contenido digital⁽¹⁰⁶⁾, y esto ante el temor de que no fuera capaz de resistir a la incesante evolución tecnológica⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰²⁾El artículo 2, apartado j), CESL definía los contenidos digitales como “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 existentes.”

⁽¹⁰³⁾ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 6 de Mayo de 2015, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, [Bruselas, Com (2015) 192 Final]”, cit.

⁽¹⁰⁴⁾ El CESL supuso una importante fuente de inspiración de la propuesta, aunque durante el procedimiento legislativo fue modificada de forma muy significativa, sobre la cuestión, SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply - Part 1”, cit., p. 259.

⁽¹⁰⁵⁾ CASTILLO PARRILLA, J. A., “El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de Diciembre”, cit., p. 56.

⁽¹⁰⁶⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 14.

⁽¹⁰⁷⁾ SERRA RODRÍGUEZ, A., “Algunos aspectos de la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019”, cit., p. 556.

La PDCDig recogió el concepto de contenido digital en su artículo 2, apartado 1, estructurándolo en tres puntos que posteriormente darían lugar a la distinción definitiva entre contenidos y servicios digitales. Comienza, en el punto a), con el denominador común presente tanto en el CESL como en la Directiva 2011/83 estableciendo que serán contenidos digitales los “datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software”; y continua en los puntos b) y c) añadiendo dos clases de servicios, siendo aquellos que permiten “la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor” y “compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio.”

Tras más de tres años de discusiones y negociaciones, finalmente, la Propuesta culminó en la Directiva 2019/770. La nueva directiva, con espíritu de gozar de estabilidad de cara al futuro, ha tratado de facilitar un concepto de contenidos y servicios digitales que se mantenga estable frente a las innovaciones y los rápidos desarrollos tecnológicos⁽¹⁰⁸⁾, evitando de esta manera, que nuevos contenidos digitales que puedan aparecer en el futuro queden excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva e incluso de su propia definición.

Para poder abordar los distintos problemas y categorías de contenidos y servicios digitales, así como su suministro, finalmente el legislador comunitario se ha inclinado por diferenciar entre «contenido digital» y «servicio digital» proporcionando una definición independiente para cada uno de ellos, al contrario que en

⁽¹⁰⁸⁾ *Cfr.* considerando 19 Directiva 2019/770.

la propuesta donde se integraban ambos dentro de una misma definición.

La Directiva 2019/770 vuelve, de nuevo, a definir el «contenido digital» como “los datos producidos y suministrados en formato digital”⁽¹⁰⁹⁾. Sería el caso de programas informáticos; aplicaciones: para *smartphones*, ordenadores, smartwatches, etc.; archivos de vídeo: *Subscription Video on Demand* (vídeo bajo demanda del consumidor basada en suscripción de pago), *Electronic-Sell-Through* o *Download-to-own* (vídeo adquirido en una única transacción y con acceso permanente al archivo que se encuentra almacenado en la nube u *offline*), *Transaction Video on Demand* (servicios transaccionales de vídeo a la carta u ofertas de pago por visión); archivos de audio y música con acceso en *streaming* o mediante descarga en el dispositivo del consumidor, (canciones, podcast, etc.); juegos digitales para descarga en el dispositivo del consumidor o para uso *online* individualmente o multijugador; *ePublishing* (libros y publicaciones electrónicas), *eBook* (versión digital de un libro), *ePaper* (copia digital de un periódico impreso), *eMagazine* (réplica digital de una revista impresa).

Mientras que en lo que respecta a los «servicios digitales», el legislador ha optado por hacer una doble clasificación en función de aquello que permita realizar al consumidor el servicio prestado.

Por un lado, aquel “servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital”⁽¹¹⁰⁾. Esto es almacenamiento en la nube de datos en formato digital con aplicaciones como *iCloud*, *One Drive* o *Google Drive*; consulta de

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. artículo 2, apartado 1, Directiva 2019/770.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. artículo 2, apartado 2, letra a), Directiva 2019/770.

datos a través de bases de datos compartir datos; Acceso a redes sociales, correo web intercambio de vídeos y audio: otro tipo de alojamiento de archivos mediante el *cloud computing* (computación en la nube) como *Google Cloud, Amazon Web Services, Microsoft Azure*.

Por otro lado, aquel “servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”⁽¹¹¹⁾. En estos se comprenderían principalmente las redes sociales como *Instagram, Facebook, Twitter, Reddit, WhastApp* donde el usuario puede cargar fotos, vídeos, comentarios para interactuar con otros usuarios.

De esta forma, el legislador ha tratado de establecer dos definiciones suficientemente amplias como para que puedan comprender nuevos contenidos y servicios digitales que surjan en los próximos años. Mediante éstas cabe realizar una distinción entre aquellos contenidos digitales que son generados por el propio usuario, donde se encontrarían, entre otros, vídeos subidos a *Youtube* o fotografías cargadas en *Instagram* y contenidos digitales que son generados por terceros a los que el usuario accede como, por ejemplo, música en *Spotify*, películas en *Netflix* o videojuegos en *PlayStation Network*. De esta forma, hay plataformas cuya función es la de dar acceso al usuario a contenidos digitales facilitados por agregadores de contenido, por ejemplo, *Apple Music*, y otras que además permiten que el propio usuario pueda usar el servicio de almacenamiento y retransmisión del contenido digital creado por él mismo para que tengan acceso otros usuarios de la plataforma. En este punto es

⁽¹¹¹⁾ *Cfr.* artículo 2, apartado 2, letra b), Directiva 2019/770.

importante considerar que, si el propio usuario lleva a cabo la monetización de su contenido, implicaría un beneficio económico y por tanto carecería de la condición de consumidor prevista en la Directiva 2019/770 y de la protección otorgada por ésta. Por ejemplo, en el caso de *Youtube* y los denominados «*youtubers*», que son usuarios que utilizan la plataforma para subir su contenido, y si su canal cumple una serie de requisitos (un mínimo de suscriptores, mayoría de edad, etc.) obtienen un beneficio económico en concepto de ingresos publicitarios, que, en ocasiones, ascienden a cuantías millonarias, sobre la cuestión⁽¹¹²⁾.

Con esa vocación de futuro se ha omitido facilitar un listado o clasificación de contenidos y servicios digitales, pero sí que ha facilitado un conjunto de ejemplos⁽¹¹³⁾ que permiten elaborar una clasificación muy exhaustiva de contenidos y de servicios digitales, que en ningún caso se trataría de una enumeración con carácter de *numerus clausus*.

A pesar de que la Directiva 2019/770 hace una división del concepto, es España, se ha unificado el concepto a la hora de transponerlo, de forma que, el artículo 59 bis, apartado 1, letra o),

⁽¹¹²⁾ TORIBIO BERNÁRDEZ, L., “La fiscalidad de los ingresos que surgen por el uso de redes sociales y páginas web gratuitas (en un contexto de revisión de los impuestos sobre las grandes empresas de la economía digital)”, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión, Sección Estudios.*, vol. 52, 2019 (La Ley 7918/2019), pp. 1 y ss, fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

⁽¹¹³⁾ En particular, el considerando 19 de la Directiva 2019/770 señala como ejemplos de contenidos digitales “entre otras cosas, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas”, además, y el considerando 30 de la Directiva 2019/2161 como ejemplos de servicios digitales “los servicios para compartir vídeo y sonido y otro almacenamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrecen en nube, almacenamiento en nube, correo web, medios sociales y aplicaciones en nube”.

define el servicio digital como “un servicio que permite al consumidor o usuario 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 ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.”

Finalmente, una novedad de la Directiva 2019/770 es la inclusión del concepto de los denominados «bienes con elementos digitales»⁽¹¹⁴⁾, cuya transcendencia se pone de manifiesto en el *Internet of Things*⁽¹¹⁵⁾. Los bienes con elementos digitales son definidos como aquellos objetos muebles tangibles que incorporan contenidos o servicios digitales o que se encuentra interconectado con ellos de tal forma que la ausencia de estos contenidos o servicios digitales no permitiría que los bienes llevaran a cabo sus funciones. No obstante, la Directiva 2019/770 los excluye de su ámbito de aplicación remitiendo al consumidor a la Directiva 2019/771⁽¹¹⁶⁾.

3. Las formas o soportes de suministro.

La Directiva 2019/770 se refiere a la existencia de numerosas formas a través de las cuales puede llevarse a cabo el suministro de los contenidos o servicios digitales. En todo caso, conviene recalcar que a efectos de aplicación de sus disposiciones es irrelevante cual sea el soporte empleado para la transmisión o para facilitar acceso a los contenidos o servicios digitales⁽¹¹⁷⁾. Es decir, es indiferente si el

⁽¹¹⁴⁾ *Cfr.* artículo 2, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽¹¹⁵⁾ SERRA RODRÍGUEZ, A., “Algunos aspectos de la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019”, cit., p. 558.

⁽¹¹⁶⁾ *Cfr.* considerando 21 Directiva 2019/770.

⁽¹¹⁷⁾ *Cfr.* considerando 9 Directiva 2019/770.

empresario realiza el suministro sobre un soporte material (*offline*), o bien, sin soporte material (*online*) así como de las numerosas posibilidades que hay dentro de cada una de ellas.

3.1. El suministro *offline* o sobre soporte material.

El suministro *offline* es aquel en el que los datos en formato digital suministrados se encuentran almacenados en un soporte material, este sería únicamente un instrumento para la transferencia de los contenidos digitales⁽¹¹⁸⁾, por ejemplo, un DVD con una película, un CD de música o una memoria USB con un programa informático. Estos soportes materiales se encontrarán dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 siempre que el soporte empleado sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales. En el caso de soportes como discos duros, memorias USB, tarjetas de memoria, etc. se ha planteado que este tipo de medios puedan ser considerados meros portadores cuando este tipo de medios permiten al consumidor reutilizarlos para otros propósitos, en particular almacenar otro tipo de datos en formato digital. Por este motivo, habría que estar al caso concreto y ver si en realidad se trata de un contrato combinado en el que se suministra un medio tangible y un contenido digital sobre el mismo⁽¹¹⁹⁾. No obstante, el artículo 3, apartado 3, Directiva 2019/770 exceptúa la aplicación a estos de los arts. 5

⁽¹¹⁸⁾ GSELL, B.; ARALDI, R., “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2), 2020, p. 479, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5617>.

⁽¹¹⁹⁾ STAUDENMAYER, D., “Article 3 Scope”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 75.

[suministro de contenidos y servicios digitales (*online*)] y 13 [medidas correctoras por incumplimiento de suministro], y, añade, a través del considerando 20 de la Directiva 2019/770 que resultarán de aplicación las disposiciones previstas en la Directiva 2011/83 relativas a la obligación del empresario a la entrega de bienes y sobre las medidas correctoras a disposición del consumidor en caso de que se produzca un incumplimiento en la entrega, además de las disposiciones relativas al derecho de desistimiento y a la naturaleza del contrato en virtud del cual se ejecuta el suministro⁽¹²⁰⁾.

En cualquier caso, que el contenido o servicio digital se preste incorporado a un soporte material supone única y exclusivamente que el consumidor adquiere la propiedad de tal soporte y no que se convierta en propietario de los datos que integran el contenido o servicio digital. El derecho de propiedad del consumidor recae exclusivamente sobre el soporte, mientras que los derechos de propiedad intelectual respecto a los datos que componen la «obra» continúan siéndolo de su titular, ya sea este artista, productor, cesionario, etc.⁽¹²¹⁾. El término «contenido digital» es utilizado en el ámbito del Derecho de Consumo mientras que en el ámbito de la Propiedad Intelectual se utiliza el concepto de «obra», si bien, no tienen que ser entendidos como sinónimos. El «contenido digital»

⁽¹²⁰⁾ *Cfr.* considerando 20 Directiva 2019/770.

⁽¹²¹⁾ Así lo establece el artículo 56, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley 11/1987, de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Sin embargo, nada impide que el consumidor pueda ejecutar aquellos actos de utilización de obras y prestaciones previstos como límites en los artículos 31 a 39 y 100 de la citada ley, y siempre que se den determinados requisitos legales, *vid.*, LÓPEZ MAZA, S., “Comentario al artículo 59 bis TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 813.

puede ser una creación de todo tipo (literaria, artística, imágenes, etc.) que no tiene por qué ser una «obra» protegida por la normativa de Propiedad Intelectual⁽¹²²⁾.

3.2. El suministro *online* o a través de la red.

El suministro *online* tiene lugar cuando los datos en formato digital se transmiten a través de la red de internet para su descarga por el consumidor o usuario en su dispositivo o bien para su acceso, ya sea, mediante “la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales”⁽¹²³⁾.

En el caso de descargas, el consumidor recibe una copia del contenido, que quedará bajo su control en su dispositivo. Aunque el consumidor no recibe un soporte material por parte del empresario, el 1 sí que ha equiparado el archivo recibido y almacenado en un soporte material del consumidor en materia de protección de programas de ordenador⁽¹²⁴⁾, no obstante, dicha equiparación no debe ser aplicable a efectos de la Directiva 2019/770, especialmente en materia de conformidad. Asimismo, en caso de resolución del contrato se derivan un conjunto de obligaciones para el consumidor y para el destino de la copia del contenido digital recibida que serán analizadas más adelante.

⁽¹²²⁾ Para un análisis de la cuestión, *vid.* APARICIO VAQUERO, J. P., “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, *cit.*, pp. 5 y ss.

⁽¹²³⁾ *Cfr.* considerando 19 Directiva 2019/770.

⁽¹²⁴⁾ STJUE de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, caso USEDISOFT vs. Oracle International.

4. Modalidades de suministro.

Independientemente de la forma en la que el contenido o servicio digital llega al consumidor, cabe diferenciar entre las distintas modalidades en las que el contenido o servicio digital puede ser suministrado por parte del empresario. La Directiva 2019/770 prevé tres modalidades en función de si el suministro se realiza en un único acto de suministro, una serie de actos puntuales de suministro o un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo, en otras palabras, suministro en tracto único o tracto continuo o sucesivo⁽¹²⁵⁾.

La modalidad de suministro reviste especial importancia en lo que respecta a los derechos del consumidor, dado que el régimen aplicable se topa con algunas particularidades especialmente en materia de conformidad y de desistimiento.

4.1. Suministro en un acto único o en serie de actos únicos puntuales.

El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales realizado en un acto único de suministro es aquel que precisa de una única acción por parte del empresario para entregar o facilitar al consumidor el acceso a los propios contenidos o servicios. Por ejemplo, aquí se localiza el suministro de un elemento específico, como una canción o una película, que el consumidor descarga quedando almacenada en su dispositivo siendo posible reproducirla cuantas veces desee. No obstante, también se prevé la posibilidad de un contrato en el que el suministro se encuentre integrado por una serie

⁽¹²⁵⁾ GARCÍA HERRERA, V., “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, cit.

de actos únicos puntuales o individuales. En este caso, por ejemplo, el consumidor se suscribe a una revista digital y a través de su correo electrónico recibe un enlace mensual o trimestralmente para descargar el archivo que contiene el nuevo número de la revista.

El rasgo distintivo y caracterizador de esta modalidad de suministro es que los contenidos o servicios digitales suministrados son accesibles o están disponibles para el consumidor de forma indefinida⁽¹²⁶⁾. Es decir, el consumidor adquiere una copia de los datos que integran el contenido o servicio digital lo que le permite tener acceso a ellos permanentemente.

Cuando el suministro se realice mediante un acto único o en serie de actos únicos puntuales y no se preste en un soporte material, es decir, se lleve a cabo *online*, resulta de aplicación la excepción prevista en el artículo 16, apartado 1, letra m), de la Directiva 2011/83⁽¹²⁷⁾ sobre el derecho de desistimiento en virtud del cual el consumidor carece de derecho de desistimiento cuando la ejecución del contrato haya comenzado y, siempre que el contrato imponga al consumidor una obligación de pago⁽¹²⁸⁾, cuando: “i) el consumidor haya otorgado expresamente su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento; ii) el consumidor haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento, y; iii) el comerciante haya

⁽¹²⁶⁾ Cfr. considerando 56 Directiva 2019/770.

⁽¹²⁷⁾ Precepto recientemente modificado por el artículo 4, apartado 12, de la Directiva 2019/2161.

⁽¹²⁸⁾ Se refiere únicamente a aquellos contratos en los que el consumidor deba realizar un pago y no a aquellos en los que el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales.

proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 7, apartado 2, o al artículo 8, apartado 7⁽¹²⁹⁾.

4.2. Suministro continuo a lo largo de un período de tiempo.

Dentro de esta modalidad se comprenden los suministros en los que el empresario pone a disposición del consumidor un contenido o servicio digital durante un período de tiempo determinado o indefinido, por ejemplo, un contrato de almacenamiento de datos en la nube durante dos años, el registro en una red social por un período indefinido o plataformas como *Netflix* donde el consumidor tiene acceso a un catálogo de películas y series durante el tiempo de suscripción que habitualmente es mensual y renovable de forma automática o *Spotify* que dispone de un amplio catálogo de música en *streaming* que es facilitada por agregadores de contenido.

El elemento que caracteriza a esta modalidad de suministro es que los contenidos o servicios digitales solamente están disponibles y son accesibles para el consumidor mientras dure el período acordado en el contrato o, en su caso, mientras se encuentre en vigor el contrato indefinido⁽¹³⁰⁾. A diferencia de lo que ocurre con los suministros en un acto único o en serie de actos únicos puntuales, el consumidor una vez resuelto el contrato no tendrá acceso a los contenidos o servicios digitales, si bien, aunque posea una copia de los datos que integran

⁽¹²⁹⁾ Para un análisis en profundidad del derecho de desistimiento en el ámbito del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, *vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M., “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, en *La Ley Mercantil, Sección Derecho Digital*, vol. 76, 2021 (La Ley 920/2021), pp. 1 y ss, fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

⁽¹³⁰⁾ *Cfr.* considerando 57 Directiva 2019/770.

estos deberá abstenerse de utilizarlos conforme al artículo 17 de la Directiva 2019/770.

Un aspecto importante para tener en cuenta es que el suministro continuo no necesariamente implica que el suministro tenga que ser un suministro a largo plazo⁽¹³¹⁾. En este sentido, el Considerando 30 de la Directiva 2019/2161 señala como ejemplo, el suministro de un videoclip *online*, a través de plataformas de *streaming* como *YouTube*, que debe ser considerado suministro continuo a lo largo de un período de tiempo con independencia de la duración del archivo audiovisual, es decir, es irrelevante que dure minutos u horas. Por este motivo, es posible encontrar dificultades para establecer una distinción entre determinados contenidos y servicios digitales, dado que ambos pueden suponer que el empresario realice un suministro continuo durante la vigencia del contrato.

También debe considerarse suministro continuo durante un período de tiempo aquel supuesto en que determinados elementos de los contenidos o servicios digitales se encuentren disponibles de forma periódica o en diferentes ocasiones durante el período de tiempo acordado en el contrato o, en su caso, durante el tiempo de vigencia de un contrato indefinido, por ejemplo, el caso en el de que se suministra un *software* antivirus cuya licencia permite su utilización durante un período de un año y se actualiza una vez al mes durante tal período⁽¹³²⁾.

En esta modalidad de suministro, se produce una intervención continua por parte del empresario lo que justifica que resulten de

⁽¹³¹⁾ MARTINEZ ESPÍN, P., “Claves de la Directiva de suministro de contenidos y servicios digitales (Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019)”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2019, p. 8, fecha de consulta 3 septiembre 2020, en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Claves_de_la_directiva_de_suministro_de_contenidos_y_servicios_digitales.pdf.

⁽¹³²⁾ *Cfr.* considerando 57 Directiva 2019/770.

aplicación las disposiciones sobre derecho de desistimiento del consumidor previstas en la Directiva 2011/83 encontrándose habilitado para probar el servicio y dentro de un período de catorce días desde la celebración del contrato decidir si desea utilizarlo no⁽¹³³⁾.

5. Ámbito de aplicación subjetivo.

El ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2019/770 se limita a aquellos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que interviene el consumidor como adquirente y el empresario como suministrador.

Tanto la figura del consumidor como la del empresario han sido objeto de gran debate en la doctrina europea en los últimos años, suscitando aún hoy grandes controversias. A pesar de tratarse de conceptos cuyo análisis en profundidad supondrían una cuestión sumamente extensa, es preciso analizar brevemente cada uno de ellos, así como las particularidades que se dan en el ámbito del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

5.1. El consumidor.

La Directiva 2019/770, ha tomado la clásica definición de consumidor⁽¹³⁴⁾ que ya se encontraba plasmada en los mismos

⁽¹³³⁾ *Cfr.* considerando 30 Directiva 2019/2161.

⁽¹³⁴⁾ En España, el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica ha llevado a cabo una ampliación de la definición de consumidor ha modificado el TRLGDCU incluyendo la figura del consumidor vulnerable que se define en el artículo 3, apartado 2, TRLGDCU como las “personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial,

términos en la Directiva 2011/83 y que ha sido objeto de un intenso debate doctrinal⁽¹³⁵⁾ y jurisprudencial⁽¹³⁶⁾ en los últimos años, es decir no ha llevado a cabo ninguna innovación en lo que al concepto se

sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.”

⁽¹³⁵⁾ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (EDS.), “Comentario al artículo 3 TRLGDCU”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 55 y ss.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, F.; TORRES PÉREZ, F., “Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios”, en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. (eds.) *La defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª, Iustel, Madrid, 2011, pp. 60 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Art. 3”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 102 y ss.; DÍAZ ALABART, S.; M. T. MORENO ÁLVAREZ (EDS.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, cit., pp. 24 y ss.; MEZZASOMA, L., “Il consumatore e il professionista”, en RECINTO, G., MEZZASOMA, L., CHERTI, S. (eds.) *Diritti e tutele dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 13 y ss.; CAPOBIANCO, E., “Art. 3”, en CAPOBIANCO, E., PERLINGIERI, G., MEZZASOMA, L. (eds.) *Codice del consumo, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 17 y ss.; MEZZASOMA, L., “La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario).”, *Práctica Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, vol. 116, 2013, pp. 8 y ss.; PERLINGIERI, P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 305 y ss.

⁽¹³⁶⁾ En el ámbito del TJUE destacan la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, la STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, o la STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/2018. En España el Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias al respecto, entre otras, STS 149/2014 de 10 de marzo; STS 166/2014 de 7 de abril; STS 688/2015 de 15 de diciembre; STS 367/2016 de 3 de junio; STS 16/2017 de 16 de enero; STS 224/2017 de 5 de abril; STS 230/2019 de 11 de abril; STS 594/2017 de 7 de noviembre. Igualmente ha ocurrido en Italia, donde la *Corte di Cassazione* se ha pronunciado en otras muchas ocasiones, al respecto: *Cass. civ.*, de 12 de noviembre de 2019, n. 29237; *Cass. civ.*, de 3 de octubre de 2005, n. 19304; *Cass. civ.*, de 22 mayo de 2006, n. 11933; *Cass. civ.*, de 23 de septiembre de 2013, n. 21763; *Cass. civ.*, de 23 de febrero de 2007, n. 4208; *Cass. civ. de* 13 de junio de 2006; *Cass. civ. de* 31 de julio de 2014, n. 17466.

refiere, comprendiendo únicamente a la persona física, y considerando consumidor, *ex. artículo 2, apartado 6, Directiva 2019/770 a “toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.*

Debe considerarse consumidor a toda persona física a la que se suministren contenidos o servicios digitales en el ámbito de la Directiva 2019/770 y que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Esto supone que la Directiva resulta aplicable exclusivamente a las relaciones *B2C (Business to consumer)*, excluyendo, por tanto, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales formalizados entre empresarios, es decir, los derivados de las relaciones *B2B (Business to Business)*⁽¹³⁷⁾.

No obstante, la Directiva 2019/770 en el considerando 17 precisa que “los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones”⁽¹³⁸⁾. La Directiva 2019/770 reconoce así que sea cada Estado miembro el que determine si en los supuestos de contratos con doble objeto se debe considerar consumidor o no a la persona que los adquiere. En particular, en España, no se encuentra regulada la cuestión del consumidor mixto.

⁽¹³⁷⁾ SÁNCHEZ LERÍA, R., “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, cit.

⁽¹³⁸⁾ En la misma línea se había manifestado también el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE.

Ni la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ni el posterior TRLGDCU han previsto la cuestión siendo preciso acudir a la jurisprudencia comunitaria⁽¹³⁹⁾ y del Tribunal Supremo⁽¹⁴⁰⁾ para obtener una respuesta.

⁽¹³⁹⁾ La STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C- 464/01) que estimó que se trata de un consumidor si el objeto comercial, en comparación con el destino privado, es marginal, es decir, no es suficiente que el ámbito de actuación sea predominantemente ajeno a la actividad comercial, sino que es necesario que el uso o destino profesional resulte “tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato”. La cuestión que se plantea es donde y como se fija el límite de la marginalidad y a partir de qué porcentaje podría considerarse que el objeto es profesional o no profesional, véase sobre este asunto, MARÍN LÓPEZ, M. J., “La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017”, *Publicaciones jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 2017, p. 8, fecha de consulta 3 octubre 2019, en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_condicion_de_consumidor_en_los_contratos_con_doble_finalidad.pdf. Por otro lado también se encuentra la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) estableció que la ahora determinar la condición de consumidor de la parte contratante, debe considerarse por el juez nacional todas aquellas circunstancias del caso que resulten susceptibles de acreditar la finalidad para la que se adquirió el bien o el servicio objeto del contrato y, en particular, su naturaleza. El Tribunal Supremo concluye que “cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.”

La STS 224/2017, de 5 de abril de 2017 es la primera sentencia del Tribunal Supremo que trata de dar solución al debate en torno al problema de si se debe considerar consumidor a quien adquiere bienes o servicios y los destina a usos mixtos (personal-profesional). Los antecedentes de hecho de dan lugar a la STS se resumen en que una persona física suscribió con una entidad bancaria un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda familiar, préstamo se amplió en dos ocasiones. Este estaba sujeto a un interés variable y se le había incorporada una cláusula de limitación a dicha variabilidad (cláusula suelo-techo) con el siguiente tenor literal, «El tipo de interés vigente en cada periodo en ningún caso podrá exceder del 10% ni ser inferior al 3%». El cliente demandó a la entidad bancaria,

Por otro lado, y a pesar de que la Directiva 2019/770 prevé expresamente un concepto de consumidor, una vez que se procede al desgranado de su contenido, se deduce el planteamiento de la existencia de una nueva figura. Esta es la figura del adquirente de contenidos y servicios digitales considerado no consumidor, denominado «navegante» por algún sector de la doctrina⁽¹⁴¹⁾. De esta forma, el artículo 3, apartado 1, Directiva 2019/770 excluye de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en los que “los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin.”

En este sentido, se considera navegante a aquel sujeto que tiene acceso a unos determinados contenidos y servicios digitales a pesar de que no paga al empresario un precio por ellos, ni de forma pecuniaria

fundamentando su demanda en la legislación sobre consumidores y usuarios, solicitando la nulidad de dicha cláusula y la consecuente devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación. Por parte del Juzgado de lo Mercantil la demanda fue estimada íntegramente, la entidad bancaria recurrió en apelación, siendo su recurso estimado por la Audiencia Provincia que desestimó la demanda al interpretar que el dinero del préstamo se había dedicado en su mayor parte a la construcción de un edificio que la demandante destinaba a su actividad profesional. Por ello, se estima que carece de la consideración legal de consumidor, pues lo que determina la aplicación de la normativa de protección de consumidores es el empleo de los bienes o servicios objeto del contrato que, en este caso, ha sido, predominantemente, a una actividad de negocios. Así, ante la ausencia de una regulación específica en el Derecho nacional, el Tribunal Supremo parte de la interpretación del considerando 17 de la 2011/83/UE cuyo contenido, en síntesis, el mismo que el del considerando 17 de la Directiva 2019/770. para finalizar con el desarrollo realizado por la Jurisprudencia comunitaria antes expuesta.

⁽¹⁴¹⁾ TORRUBIA CHALMETA, B., “Mercado único digital y concepto de consumidor”, cit., p. 126.

ni en forma de datos personales⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, sí tiene lugar una facilitación de datos por el usuario o son directamente recabados por el empresario⁽¹⁴³⁾. La particularidad recae en que esos datos son aportados con el exclusivo fin de acceder a los contenidos o servicios digitales (su ubicación geográfica a través de una dirección IP), para llevar a cabo un correcto cumplimiento de los requisitos legales (supuestos en los que el usuario ha de registrarse por motivos de seguridad e identificación), datos de conexión (velocidad de la línea) y sin que el empresario pueda destinar esos datos para cualquier otro fin distinto del suministro solicitado. Por tanto, la facilitación de los datos personales por el consumidor tiene por única finalidad que el empresario pueda dar cumplimiento a las obligaciones del contrato en lo que a él concierne, careciendo el empresario posibilidad alguna del uso y disfrute del contenido económico del que gozan tales datos⁽¹⁴⁴⁾. Un ejemplo es del usuario que accede a un portal de vídeos que puede visualizar sin necesidad de realizar un pago o facilitar datos al suministrador. Sin embargo, en aquellos casos en los que el vídeo se ha catalogado para mayores de edad, con carácter previo al visualizado, sí que se va a requerir al usuario que indique su edad, a

⁽¹⁴²⁾ Resulta de particular interés la distinción entre «datos facilitados» por el propio consumidor, los «datos generados» por este a través de la interacción con el contenido o servicio digital y los «datos recabados» por el suministrador por sí mismo o través de un tercero, sobre esta cuestión *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos”, en CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J. A. (eds.) *El mercado digital de la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2019, p. 191.

⁽¹⁴³⁾ La Directiva 2019/770 ha descartado el concepto de «facilitación activa» que se estableció en la PDCDig.

⁽¹⁴⁴⁾ HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “La propiedad de los datos personales. ¿Los datos como moneda de cambio?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, vol. 88-89, 2020, p. 54.

los meros efectos de dirimir si se autoriza el acceso al contenido o si por el contrario se le deniega.

En estos casos, es importante reflexionar sobre qué protección jurídica debe otorgarse a este sujeto considerado no consumidor, pues es necesario que el usuario de contenidos y servicios digitales no consumidor cuente con una protección jurídica adecuada. Sin embargo, uno de los rasgos que caracterizan al usuario no consumidor es que carece de voluntad negociadora y por ende no cabe hablar de la existencia de un contrato con el suministrador. Esto supone que la responsabilidad del suministrador de contenidos o servicios digitales se encuentre en el terreno de la responsabilidad extracontractual, debiendo responder, entre otros, de aquellos casos en que obtenga de manera ilícita los datos, les dé un destino ilícito o, de los daños que pueda sufrir el usuario por el incumplimiento de la política de uso por parte del suministrador⁽¹⁴⁵⁾.

5.2. El empresario.

Al igual que ocurre con el concepto de consumidor, la Directiva 2019/770 ha tomado para definir al empresario el concepto de comerciante recogido en la Directiva 2011/83. Es el artículo 2 apartado 5 el que define al empresario como “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva”. El empresario es por tanto aquel que cumple los requisitos fijados en el

⁽¹⁴⁵⁾ TORRUBIA CHALMETA, B., “Mercado único digital y concepto de consumidor”, cit., p. 126.

citado artículo y suministra o se compromete a suministrar al consumidor contenidos o servicios digitales.

La Directiva se refiere al empresario como suministrador, en ningún caso se alude a este como vendedor, arrendador, prestamista o cualquier otro término que pueda hacer referencia a un contrato en particular. Esta decisión del legislador obedece a la indeterminación de la naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales que como se ha analizado corresponde determinar a cada Estado miembro en su derecho nacional, ya sea un contrato de servicios, de compraventa, de arrendamiento, de obra, o si es un contrato atípico.

Incluso se prevé la posibilidad de que los «prestadores de plataformas» puedan ser considerados empresarios a los efectos de esta siempre que se den dos condiciones⁽¹⁴⁶⁾. La primera es que el prestador actúe con fines vinculados a sus propias actividades. La segunda que lo haga en calidad de socio contractual directo del consumidor. La Directiva 2019/770 faculta a los Estados miembros para ampliar la ampliación de esta para aquellos supuestos en los que el prestador de plataformas no cumpla con los requisitos para ser considerado empresario de acuerdo con la Directiva 2019/770⁽¹⁴⁷⁾.

6. Ámbito de aplicación objetivo.

La Directiva 2019/770 cuenta con un amplio ámbito de aplicación objetivo dado que se refiere a los contenidos y servicios

⁽¹⁴⁶⁾ *Cfr.* considerando 18 Directiva 2019/770.

⁽¹⁴⁷⁾ SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply - Part 1”, cit., p. 261.

digitales cuya diversidad ya ha sido puesta de manifiesto. Pese a ello, y dado que en el medio digital existen numerosas formas de relacionarse consumidores, usuarios y empresarios, se han previsto ciertas exclusiones.

El ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 se enmarca dentro una relación jurídica de carácter oneroso, resultando de aplicación, a todo contrato celebrado entre un empresario y un consumidor conforme al cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga un precio por ellos o se compromete a pagarlo⁽¹⁴⁸⁾. El concepto de precio debe ser interpretado en un sentido amplio incluyendo, además de lo propiamente monetario, también las representaciones digitales de valor como los vales, los cupones electrónicos, o incluso, las monedas virtuales que se encuentren reconocidas en los derechos nacionales de los Estados miembros. No obstante, teniendo en cuenta que estas representaciones digitales de valor tienen como única finalidad servir como método de pago al consumidor, no pueden ser consideradas un contenido o servicio digital en sí mismas en el sentido de la Directiva 2011/83⁽¹⁴⁹⁾.

Sin embargo, uno de los aspectos novedosos y controvertidos es la inclusión de aquellos contratos, denominados de forma incorrecta como «gratuitos»⁽¹⁵⁰⁾, en los que el consumidor facilita datos

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. artículo 3, apartado 1, Directiva 2019/770.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. considerando 23 Directiva 2019/770.

⁽¹⁵⁰⁾ ROSELLÓ RUBERT, F. M., “Condiciones generales de plataformas de música en continuo (streaming): potencial abusividad de exoneraciones y limitaciones de garantías”, en *Diario La Ley, Sección Tribuna*, vol. 9769, 2021 (La Ley 14772/2020), p. 2, fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

personales al empresario o se compromete a hacerlo⁽¹⁵¹⁾, se habla así de una «patrimonialización» de los datos personales⁽¹⁵²⁾. Por parte del

⁽¹⁵¹⁾ La cuestión es objeto de un intenso debate doctrinal, al respecto, *vid.* RICCIUTO, V., “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, en *Rivista di Diritto Civile*, vol. 66 (3), 2020, pp. 642 y ss, fecha de consulta 4 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>; SENIGAGLIA, R., “La dimensione patrimoniale del Diritto alla protezione dei dati personali”, en *Contratto e Impresa*, vol. 36 (2), 2020, pp. 760 y ss, fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>; BASUNTI, C., “La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali”, en *Contratto e Impresa*, vol. 36 (2), 2020, pp. 860 y ss, fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>; DE FRANCESCHI, A., “The changing shape of EU private law in response to digital innovation”, en CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J. A. (eds.) *El mercado digital de la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2019, pp. 73 y ss. VERSACI, G., *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 160 y ss.; GARCÍA HERRERA, V., “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *cit.*; CÁMARA LAPUENTE, S., “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *cit.*, pp. 847 y ss.; GARCÍA PÉREZ, R. M., “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 177 y ss.; PLANA ARNALDOS, M. C., “Los datos personales como contraprestación”, *cit.*, pp. 583 y ss.; ALMEIDA ALVES, M., “Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are worlds colliding?”, en *UNIO - EU Law Journal*, vol. 5 (2), 2019, pp. 36 y ss, fecha de consulta 8 febrero 2021, en <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/2290>; MORAIS CARVALHO, J., “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, pp. 937 y ss, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5230>; METZGER, A., “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, S.,

legislador europeo se ha pretendido regular un supuesto ampliamente extendido en la práctica del entorno digital consistente en la entrega por parte de un consumidor de sus datos personales con la única finalidad de obtener a cambio un contenido o servicio digital⁽¹⁵³⁾. Desprendiéndose así una función económica de los datos personales⁽¹⁵⁴⁾ que en el ámbito práctico el consumidor no es consciente del valor patrimonial del que gozan sus propios datos personales. Dicha función se resume en un intercambio, incluso cuando el esquema contractual es aparentemente gratuito⁽¹⁵⁵⁾. Por este motivo, el consumidor entiende que está recibiendo de forma gratuita el contenido o servicio digital solicitado, cuando realmente está entregando un conjunto de datos al empresario, lo que provoca que inconscientemente el consumidor piense que carece de cualquier tipo de derecho o garantía ante la mera apariencia de gratuidad del

ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 121 y ss.

⁽¹⁵²⁾ RICCIUTO, V., “La patrimonializzazione dei dati personali. contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno”, *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, vol. 4, 2018, pp. 689 y ss.

⁽¹⁵³⁾ SENIGAGLIA, R., “La dimensione patrimoniale del Diritto alla protezione dei dati personali”, cit.

⁽¹⁵⁴⁾ Los datos personales se definen en el artículo 4, apartado 1, RGPD por remisión del artículo 2, apartado 8, Directiva 2019/770 como “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”. De tal manera que prácticamente cualquier dato que el consumidor suministre puede ser considerado como un dato personal.

⁽¹⁵⁵⁾ RICCIUTO, V., “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, cit.

contenido o servicio suministrado⁽¹⁵⁶⁾. Esto, con la Directiva 2019/770 ha cambiado, siendo preciso sensibilizar y poner en conocimiento del consumidor los derechos que le asisten lo que debe realizarse por cada Estado miembro.

Pese a lo expuesto, no debe olvidarse que la protección de los datos personales está configurada como derecho fundamental, por lo que no cabe considerar a estos como una mercancía⁽¹⁵⁷⁾. Si bien, dado que el RGPD no ha vetado la posibilidad de transferir datos personales a fin de obtener bienes y servicios, la Directiva 2019/770 tiene en consideración tal posibilidad para dotar de mayor protección al consumidor⁽¹⁵⁸⁾. De esta manera, se reconoce por parte del legislador europeo que los datos personales gozan de valor económico y como un interés del consumidor digno de protección⁽¹⁵⁹⁾.

Solamente se excluye la aplicación de la Directiva 2019/770 si los datos personales que son facilitados por el consumidor son tratados por el empresario con la única finalidad de suministrar los contenidos o servicios digitales de acuerdo con las disposiciones de la propia Directiva 2019/770 o para permitir que pueda cumplir con los requisitos legales correspondientes a los que está sujeto, y siempre que el empresario no trate los datos para ningún otro fin distinto del suministro. Esta puntualización es importante, dado que

⁽¹⁵⁶⁾ SCHULZE, R., “Contratar en la era digital”, en *Working Papers Jean Monnet Chair. European Private Law. Universitat de Barcelona*, vol. 8/2018, p. 8, fecha de consulta 7 febrero 2021, en http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/124048/1/WP_2018_8.pdf;

⁽¹⁵⁷⁾ *Cfr.* considerando 24 Directiva 2019/770.

⁽¹⁵⁸⁾ D’IPPOLITO, G., “Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale”, *Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, vol. 3 (1), 2020, pp. 668 y ss.

⁽¹⁵⁹⁾ HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “La propiedad de los datos personales. ¿Los datos como moneda de cambio?”, *cit.*, p. 54.

habitualmente el interés de estos radica en llevar a cabo un tratamiento comercial de los mismos y recibir publicidad no solicitada. Por ello, el contenido económico de los datos personales solamente se transmite al empresario cuando este pueda obtener un rendimiento económico de los mismos. Por ejemplo, para lograr una mejora de los contenidos y servicios digitales ofertados, el desarrollo de nuevos contenidos y servicios, o cesión a terceros mediante contraprestación económica⁽¹⁶⁰⁾, momento en el que entrarían en juego las garantías previstas en la Directiva 2019/770 para la oportuna protección del consumidor. No obstante, se prevé la libertad de cada Estado miembro para aplicar la propia Directiva 2019/770 en aquellos supuestos en los que a pesar de que el consumidor no ha celebrado un contrato con el empresario y recibe publicidad expresamente para obtener el acceso al contenido o servicio digital⁽¹⁶¹⁾.

Es notorio que la Unión Europea ha trabajado intensamente en los últimos años para establecer un amplio marco de protección de los datos de carácter personal destacando, entre otras, el RGPD y la Directiva 2002/58/CE⁽¹⁶²⁾. De tal manera que el marco normativo establecido por el legislador europeo en materia de protección de datos personales resulta aplicable a cualquier dato personal tratado en lo relativo a los contratos regulados por la Directiva 2019/770, y no sólo eso, sino que además se reconoce la superioridad jerárquica de la

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹⁶¹⁾ *Cfr.* considerando 25 Directiva 2019/770.

⁽¹⁶²⁾ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), 2002, p. 58, fecha de consulta 4 febrero 2021, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>.

normativa europea en materia de protección de datos personales en caso de conflicto con la Directiva 2019/770⁽¹⁶³⁾.

Finalmente, con independencia de la forma en que el consumidor retribuya al empresario, la Directiva 2019/770 es aplicable a aquellos contratos en los que se suministren contenidos y servicios digitales desarrollados con arreglo a las especificaciones solicitadas por el consumidor⁽¹⁶⁴⁾. Así como a todos aquellos contenidos digitales suministrados sobre un soporte material, con excepción de los artículos 5 y 13, siempre que el soporte material empleado sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales.

6.1. Exclusiones.

La Directiva 2019/770 no resulta aplicable a aquellos contenido o servicios digitales que se encuentren incorporados a bienes con elementos digitales o interconectados con ellos y que sean suministrados de acuerdo con el contrato de compraventa relativo a tales bienes⁽¹⁶⁵⁾, sino que a estos les resulta de aplicación lo dispuesto en la Directiva 2019/771⁽¹⁶⁶⁾. Todo ello, independientemente de si tales contenidos o servicios digitales son suministrado por el vendedor o un tercero. En caso de que existan dudas sobre si forma parte del

⁽¹⁶³⁾ Cfr. artículo 3, apartado 8, Directiva 2019/770.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. artículo 3, apartado 2, Directiva 2019/770.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. artículo 3, apartado 4, Directiva 2019/770.

⁽¹⁶⁶⁾ Sobre la cuestión, *vid.*, GSELL, B.; ARALDI, R., “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, cit., p. 478.; también trata el tema MORAIS CARVALHO, J., “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización”, cit., p. 937.

contrato de compraventa el suministro del contenido o servicio digital incorporado a un bien o en su caso interconectado al mismo, se presumirá que el contenido o servicio digital suministrado se encuentra comprendido en el contrato de compraventa.

Además, se prevé la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770⁽¹⁶⁷⁾ de aquellos contratos que estén relacionados con:

- La prestación por el empresario de servicios distintos de los digitales con independencia de que se hayan empleado medios digitales para obtener el producto o para transmitirlo o entregarlo al consumidor.
- Los servicios de comunicaciones electrónicas definidos por la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, con excepción de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración definidos por dicha Directiva en su artículo 2, apartado 7.
- Los servicios de asistencia sanitaria tal y como se definen por el artículo 3, letra a), de la Directiva 2011/24/CE, es decir, todos aquellos “servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios”.

⁽¹⁶⁷⁾ *Cfr.* artículo 3, apartado 5, Directiva 2019/770.

- Los servicios de juego que traigan consigo apuestas de valor pecuniario, incluyendo aquellos en los que intervenga un elemento de destreza, ya sea en juegos de azar, loterías, juegos de casino o apuestas y que sean realizados por medios electrónicos o tecnológicos que faciliten la comunicación y a petición del receptor de tales servicios.
- Los servicios financieros, donde se integra todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago de acuerdo con lo definido en el artículo 2, letra b), de la Directiva 2002/65/CE.
- El *software* suministrado bajo una licencia gratuita o de código abierto, si el consumidor no paga un precio y los datos personales facilitados son tratados por el empresario con el fin exclusivo de mejorar la seguridad, la compatibilidad y la interoperabilidad de ese precio *software*.
- Los contenidos digitales que se suministran mediante la puesta a disposición del público en general y empleando un medio distinto de la transmisión de señales como parte de una actuación o acontecimiento, como las proyecciones cinematográficas digitales.
- Los contenidos y servicios digitales suministrados por los organismos del sector público de los Estados miembros de acuerdo con la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

En aquellos supuestos en los que exista un conflicto entre las disposiciones de la Directiva 2019/770 y las de otro acto de la Unión

Europea relativo a la regulación de un sector u objeto específico la prevalencia será de este último respecto de la Directiva 2019/770⁽¹⁶⁸⁾. En el mismo sentido, debe entenderse la Directiva 2019/770 sin perjuicio del Derecho tanto nacional como de la Unión Europea en materia de derechos de autor y derechos afines⁽¹⁶⁹⁾.

Finalmente, la Directiva 2019/770 no afecta a la facultad que poseen los Estados miembros para llevar a cabo la regulación de aspectos generales del Derecho de contratos, como, por ejemplo, las normas relativas a la validez, nulidad, celebración, terminación, efectos, o incluso al derecho a la indemnización por daños y perjuicios⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ *Cfr.* artículo 3, apartado 7, Directiva 2019/770.

⁽¹⁶⁹⁾ *Cfr.* artículo 3, apartado 9, Directiva 2019/770.

⁽¹⁷⁰⁾ *Cfr.* artículo 3, apartado 10, Directiva 2019/770.

CAPÍTULO III.- LA CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES.

Sumario: - 1. La conformidad de los contenidos y servicios digitales. – 2. Requisitos subjetivos de conformidad. – 3. Requisitos objetivos de conformidad. – 4. Exclusión de la evaluación de la conformidad. – 5. Integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales. – 6. Derechos de terceros. – 7. Plazos de responsabilidad del empresario por la falta de conformidad y prescripción. – 8. Carga de la prueba. 8.1 Excepciones a la carga de la prueba del empresario. 8.1.1. Incompatibilidad del entorno digital del consumidor. 8.1.2. La obligación de cooperación del consumidor con el empresario. – 9. La modificación de los contenidos y servicios digitales. 9.1. Requisitos para la modificación. 9.2 Derecho a la resolución del contrato consecuencia de la modificación.

1. La conformidad de los contenidos y servicios digitales.

La noción de conformidad es objeto de distintas acepciones, entre ellas, la necesidad de adecuación entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectivamente ejecutadas por cada una de ellas⁽¹⁷¹⁾ o la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación⁽¹⁷²⁾. Además, se ha

⁽¹⁷¹⁾ TORRELLES TORREA, E., “El leve acercamiento de la Ley de Garantías de los bienes de consumo a la non-performance”, en LLAMAS POMBO, E. (ed.) *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, p. 812.

⁽¹⁷²⁾ VAQUER ALOY, A., “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXIV (I), BOE, Madrid, 2011, p. 11.

convertido en uno de los conceptos fundamentales del derecho de contratos moderno⁽¹⁷³⁾ erigiéndose como tema central de intensos debates doctrinales.

La Directiva 1999/44 ya preveía la obligación del vendedor de entregar un bien conforme al contrato de compraventa, a pesar de que la Directiva 2019/770 tiene un ámbito de aplicación objetivo distinto, en esencia, el espíritu de la norma es exactamente el mismo. En España, fue con la promulgación de la Ley 23/2003, en materia de garantías en la venta de bienes de consumo, por la que se llevó a cabo la transposición de dicha Directiva, se introdujo por primera vez el concepto de conformidad del bien con el contrato. Se reconoce por la Directiva 2019/770 como principio general la obligación del suministrador de suministrar un contenido o servicio digital que sea conforme con el contrato suscrito con el consumidor. En este sentido, el artículo 6 Directiva 2019/770 rubricado como «conformidad de los contenidos o servicios digitales» lleva a cabo una plena armonización de los criterios de conformidad de los que contenidos o servicios digitales con el contrato a través de un conjunto de requisitos objetivos y subjetivos que se prevén en los arts. 7 y 8 Directiva 2019/770⁽¹⁷⁴⁾. Lo que, además, se complementa con la correcta integración de los contenidos servicios digitales prevista en el artículo 9, así como, de los posibles derechos de terceros regulado en el artículo 10, ambos de la Directiva 2019/770. La transposición de la Directiva 2019/770 ha

⁽¹⁷³⁾ SCHULZE, R., “Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law”, en DE FRANCESCHI, A. (ed.) *European Contract Law and the Digital Single Market - The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016. p. 134.

⁽¹⁷⁴⁾ MILÀ RAFEL, R., “Intercambios digitales en Europa: las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales.”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 17, 2016, p. 35.

dado lugar a una redacción completamente nueva del artículo 115 TRLGDCU recogiendo el principio de conformidad, tanto de los bienes como de los contenidos o servicios digitales.

Los contenidos y servicios digitales suministrados por el empresario al consumidor deben cumplir una serie de requisitos que son fruto del arbitrio de las partes contratantes, es decir, nacen de la negociación, como consecuencia de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en la práctica el consumidor a la hora de contratar un contenido o servicio digital se encontrará un contrato de adhesión en el que el empresario le impondrá una serie de condiciones inalterables y otro conjunto de condiciones con parámetros modulables por el consumidor, por ejemplo, la cantidad o la calidad. Es decir, las partes contratantes se encuentran con unos parámetros legales «requisitos objetivos» de obligado cumplimiento y de unos parámetros contractuales «requisitos subjetivos» que únicamente serán exigibles de acuerdo con la Directiva 2019/770 “según disponga el contrato”⁽¹⁷⁵⁾.

No obstante, como se verá, la Directiva 2019/770 prevé la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos de conformidad si se dan una serie de circunstancias.

De manera que puede concluirse que la falta de conformidad ha tenido un gran impacto en la seguridad jurídica de los consumidores y usuarios, puesto que disponen de una misma vía para canalizar aquellas situaciones en las que lo suministrado por el empresario no se corresponde con lo estipulado en el contrato. No obstante, no debe obviarse que el concepto de conformidad se encuentra limitado al

⁽¹⁷⁵⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit.

ámbito del cumplimiento defectuoso, y es completamente ajeno a los cumplimientos tardíos o parciales, a los defectos jurídicos, y a la falta de entrega o a las pretensiones de terceros⁽¹⁷⁶⁾.

2. Requisitos subjetivos de conformidad.

La Directiva 2019/770 fija una serie de requisitos subjetivos para la conformidad del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales⁽¹⁷⁷⁾. Lo que en la práctica supone que es imprescindible que los contenidos o servicios digitales cumplan todos aquellos requisitos que hayan sido pactados en el contrato entre el consumidor o usuario y empresario.

Pese a que estos criterios nacen del contrato es preciso atender a los pactos que consumidor o usuario y empresario hayan alcanzado sobre el contenido o servicio digital, de tal manera que si este no tiene las características que se hayan plasmado en el contrato, no podrá hablarse de conformidad. Teniendo en consideración las circunstancias en las que se desarrolla la celebración del contrato *B2C* en el ámbito digital, resulta cuanto menos discutible la posibilidad de la existencia de una negociación entre consumidor o usuario y suministrador. Ciertamente, como regla general el consumidor se ve privado de negociar la mayoría de los aspectos que configuran el contrato, encontrándose condicionado, a aceptar las condiciones preconfiguradas ofrecidas por el empresario sin modificación alguna.

⁽¹⁷⁶⁾ GARCÍA VICENTE, J. R., “La contratación con consumidores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., QUICIOS MOLINA, S., MORALEJO IMBERNÓN, N. (eds.) *Tratado de contratos*, vol. II, 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1709.

⁽¹⁷⁷⁾ *Cfr.* artículo 7 de la Directiva 2019/770, precepto que encuentra su germen en el artículo 100 CESL y en el artículo IV.A.-2:302: *Fitness for purpose, qualities, packaging* del DCFR.

Este último, en su caso, puede dejar en manos del consumidor cuestiones como la duración del contrato, por ejemplo, en contratos con opción de suscripción mensual o anual, lo que habitualmente implica además diferencias en el precio, resultando más económica una suscripción anual en un único pago que realizar doce pagos mensuales individuales. La contratación se resume en una mera aceptación por parte del consumidor del contrato de adhesión facilitado por el suministrador del contenido o servicio digital. El suministrador puede incluir distintas opciones entre las que el consumidor puede elegir, lo implica que es el propio suministrador el que va a decidir sobre qué puede decidir o no el consumidor.

Los requisitos subjetivos para la conformidad se recogen en el artículo 7 Directiva 2019/770 que refiere en tres de sus cuatro apartados que los requisitos subjetivos de conformidad serán únicamente aplicables “según disponga el contrato”⁽¹⁷⁸⁾. Esto hace plantearse a algún autor que más que hablar de requisitos subjetivos podría hablarse de parámetros contractuales, pues serán exigibles según los haya previsto en el contrato el suministrador⁽¹⁷⁹⁾.

De forma que, para estar en conformidad con el contrato, los contenidos o servicios digitales, en particular, cuando sea de aplicación, deben cumplir con una serie de requisitos que se analizan a continuación.

⁽¹⁷⁸⁾ El artículo 6 Directiva 2019/771, referido a los bienes, tiene una redacción prácticamente idéntica.

⁽¹⁷⁹⁾ En este sentido se manifiesta algún autor al analizar el artículo 6 de la PDCDig que se ha plasmado de forma definitiva en el artículo 7 de la Directiva 2019/770, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, InDret, Barcelona, 2016. Pág. 28.

a) Descripción.

Los contenidos y servicios digitales deben ser conformes con la descripción facilitada por el suministrador. La Directiva 2019/770 se refiere a la «descripción» como un término genérico que puede abarcar todo tipo de declaraciones contractuales en relación con las características del contenido o servicio digital⁽¹⁸⁰⁾. Uno de los elementos diferenciadores que distinguen a la Directiva 2019/770 es que se refiere a la descripción establecida en el contrato y no a la que haya realizado el vendedor como ocurría en otros textos normativos⁽¹⁸¹⁾, aspecto que también se ha incluido en la Directiva 2019/771.

b) Cantidad.

El requisito de la cantidad tal vez sea el que menos relevancia práctica tenga en el ámbito de los contenidos y servicios digitales. Su importancia se puede poner de manifiesto en aquellos contenidos y servicios digitales que se componen de varios archivos, por ejemplo, al suministrarse un álbum musical que se compone de varias pistas de audio, o al tratarse de licencias que permiten su uso en varios dispositivos⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ STAUDENMAYER, D., “Article 7 Subjective requirements for conformity”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 123.

⁽¹⁸¹⁾ *Cfr.* artículo 2, apartado 2, letra a), Directiva 1999/44.

⁽¹⁸²⁾ STAUDENMAYER, D., “Article 7 Subjective requirements for conformity”, *cit.*, p. 124.

La conformidad de la cantidad puede evaluarse a través de los tres posibles escenarios que pueden darse.

En primer lugar, se encuentra el supuesto en el que el empresario suministra la cantidad acordada en el contrato, conformándose así la única posibilidad en la que no cabe hablar de falta de conformidad en lo que a cantidad se refiere.

Por otro lado, se puede hablar de un exceso de cantidad o suministro en cantidad superior a la acordada en el contrato. En estos supuestos, si el consumidor retiene esa cantidad recibida en exceso no podrá alegar una falta de conformidad por incumplimiento del requisito de la cantidad⁽¹⁸³⁾ lo que podría ser tratado como un suministro no solicitado previsto en el artículo 27 Directiva 2011/83⁽¹⁸⁴⁾.

Finalmente, la última posibilidad es que se produzca un suministro por cantidad inferior a la fijada en el contrato, lo que no debe incardinarse dentro de un supuesto de falta de suministro, sino que se evaluará como falta de conformidad⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸³⁾ *Ibid.*, p. 125.

⁽¹⁸⁴⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, cit., p. 31.

⁽¹⁸⁵⁾ Sobre esta cuestión, aunque refiriéndose al régimen de los bienes pero igualmente aplicable al supuesto de la Directiva 2019/770, *vid.*, DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000, p. 131.; en el mismo sentido, MARTINEZ ESPÍN, P.; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., “Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, *Estudios sobre consumo*, vol. 52, 2000, p. 127.; refiriéndose específicamente a los contenidos y servicios digitales, *vid.*, STAUDENMAYER, D., “Article 7 Subjective requirements for conformity”, cit., p. 125.

c) Calidad.

La calidad de los contenidos y servicios digitales se erige como uno de los elementos principales de la prueba de conformidad. La calidad depende del tipo de contenido o servicio digital que se suministre pues las condiciones que le resultan exigibles son diferentes para cada uno de los, así como de su normal funcionamiento⁽¹⁸⁶⁾. Además, ante la incesante aparición de nuevos contenidos o servicios digitales en el mercado es habitual que no existan estándares de calidad perfectamente definidos para algunos de ellos⁽¹⁸⁷⁾, esto obedece en gran medida a que carecen de referencias previas con las que contrastar.

Igual que ocurre cuanto se trata la conformidad en relación con la cantidad, cuando se evalúa la conformidad respecto a la calidad puede encontrarse el consumidor o usuario un contenido o servicio digital de cantidad inferior a la contratada donde se produciría una falta de conformidad. O bien, que el suministro consista en un contenido o servicio digital de una calidad superior a la contratada, donde, *a priori*, carece de sentido el ejercicio por el consumidor o usuario de los remedios por falta de conformidad, aunque jurídicamente estaría habilitado para ello⁽¹⁸⁸⁾, un ejemplo sería aquel

⁽¹⁸⁶⁾ MAK, V., “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, *Workshop of JURI-Committee of the European Parliament*, 2016, p. 17.

⁽¹⁸⁷⁾ LOOS, M. Y OTROS, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, cit., p. 117.

⁽¹⁸⁸⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 116 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes*

en el que el consumidor adquiere un álbum de música integrados por unas pistas de audio cuya calidad es de 128 *kbps* según contrato, pero el empresario le suministra ese álbum con unas pistas codificadas a 320 *kbps*, calidad muy superior a la inicialmente pactada.

d) Funcionalidad.

La funcionalidad de los contenidos o servicios digitales se refiere a la capacidad de estos para realizar sus funciones teniendo en cuenta la finalidad de los mismos⁽¹⁸⁹⁾. Es decir, comprende aquellas formas en las que pueden ser utilizados, por ejemplo, la presencia o ausencia de restricciones técnicas, tales como la protección mediante la Administración de Derechos Digitales o la codificación de la región que pueden afectar a la capacidad de los contenidos o servicios digitales de cumplir todas sus funciones teniendo en cuenta su finalidad⁽¹⁹⁰⁾.

e) Compatibilidad.

La compatibilidad se define como “la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales”⁽¹⁹¹⁾.

complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1710.

⁽¹⁸⁹⁾ *Cfr.* artículo 2, apartado 11 Directiva 2019/770.

⁽¹⁹⁰⁾ *Cfr.* considerando 43 Directiva 2019/770.

⁽¹⁹¹⁾ *Cfr.* artículo 2, apartado 10, Directiva 2019/770.

f) Interoperabilidad.

Los contenidos digitales gozan de una particular naturaleza que impide que puedan funcionar o ejecutarse de un modo autónomo o independiente. La correcta ejecución de los contenidos digitales depende de la intervención de otros sistemas o equipos de los que ha de disponer el usuario o consumidor. Estos sistemas o equipos pueden ser un ordenador, un *smartphone*, una *smart TV*, un reproductor de DVD, un *ebook*, etc. Cabe igualmente la posibilidad de que un contenido digital dependa de otro contenido digital para funcionar, por ejemplo, un *ebook* puede depender de un programa de ordenador para ser leído como puede ser Adobe Acrobat Reader.

Todos estos tipos de sistemas están compuestos por dos elementos diferenciados que son el *hardware* y el *software*. Con carácter previo a analizar cada uno de estos elementos detenidamente, *grosso modo*, se puede decir que el *hardware*, es el elemento material, el conjunto de piezas y elementos que componen el equipo en el que se instala el *software*, que es el elemento inmaterial, el programa informático que realiza una tarea determinada. Sin embargo, la complejidad de la cuestión merece hacer un especial hincapié en cada uno de estos conceptos.

Los sistemas integrados por *software* y *hardware* se encuentran plenamente vinculados al concepto de interoperabilidad que se caracteriza por ser un concepto amplio. En la normativa europea vigente es posible encontrar distintas acepciones, también desde el punto de vista tecnológico donde los organismos especializados ofrecen una definición estandarizada.

El concepto de interoperabilidad en el ámbito del Derecho de consumo es introducido por primera vez con la Directiva 2011/83, que fija, entre otros deberes de información, el deber de informar al consumidor sobre la interoperabilidad del contenido digital que adquiere.⁽¹⁹²⁾ Sin embargo, no se aporta una definición a lo largo del articulado, sino que es el considerando 19 el que señala que con el concepto de interoperatividad pertinente lo que se pretende describir es “*la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible*”, señalando como ejemplos, el sistema operativo o la versión de este o ciertos elementos de los soportes físicos.

Posteriormente, la Directiva 2019/770 sí que ha aportado una definición expresa del concepto de interoperabilidad en el artículo 2 apartado 12 con el siguiente tenor “la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo”. De igual modo se encuentra en el considerando 43 al que se añade que dentro del buen funcionamiento puede incluirse, a modo ejemplo, la capacidad de la que disponen los contenidos o servicios digitales para poder intercambiar y utilizar información con esos otros programas (*software*) o aparatos (*hardware*).

Fuera del ámbito del consumo, y varios años antes, se recogió en uno de los considerandos de la Directiva 91/250/CEE como “*la*

⁽¹⁹²⁾ La Directiva 2011/83 en su versión española ha utilizado el término «interoperatividad», mientras que en la versión italiana el término utilizado es «*interoperabilità*» y en la inglesa de «*interoperability*». Parece que se trata de un lapsus de traducción, pues no es lo mismo operativo que operable. Sin embargo, a pesar de este pequeño detalle, la ley española al llevar a cabo la trasposición de la Directiva lo ha denominado con el término correcto, interoperabilidad.

capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada".⁽¹⁹³⁾ Ésta fue posteriormente fue derogada por la Directiva 2009/24/CE que en su considerando 10 reprodujo la misma definición.⁽¹⁹⁴⁾

g) Aptitud para fines específicos acordados.

Los contenidos y servicios digitales deben ser aptos para aquellos fines específicos o particulares que precise el consumidor

⁽¹⁹³⁾ Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. L122, 1991, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0250&from=ES>. En España fue traspuesta por la Ley 16/93 de 23 de diciembre de 1993, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador y posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Mientras en Italia la trasposición se llevó a cabo por el *Decreto-legge del 29/12/1992 n. 518, attuazione della direttiva 91/250 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, Supplemento ordinario n. 138 alla Gazzetta Ufficiale - Serie generale - del 31/12/1992 n. 306*.

⁽¹⁹⁴⁾ Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador, 1999, fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0024&from=ES>., que en su considerando 10 establece que “la función de un programa de ordenador es comunicarse y trabajar con otros componentes del sistema de ordenador y con sus usuarios y, a tal fin, se exige contar con un sistema lógico y, cuando sea conveniente, físico de interconexión e interacción para permitir a los elementos de los soportes físicos y lógicos trabajar con otros soportes físicos y lógicos y con usuarios, en la forma prevista. Las partes del programa que establecen dicha interconexión e interacción entre los elementos de software y hardware suelen denominarse «interfaces». La interconexión e interacción funcional suele conocerse como «interoperabilidad»; dicha interoperabilidad puede ser definida como la capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada.”

siempre que este los haya puesto en conocimiento del empresario y que este haya manifestado su aceptación respecto a estos. Tal comunicación debe realizarse, como muy tarde, al momento de la celebración del contrato⁽¹⁹⁵⁾.

Los fines específicos solicitados por el consumidor deben distinguirse de “los fines a los que normalmente se destinan los contenidos y servicios digitales del mismo tipo”, aspecto que queda comprendido dentro de los criterios objetivos de conformidad. Lo que se pretende es proteger al consumidor que solicita al empresario un contenido o servicio digital para destinarlo a un fin inusual pero que, por las características de este, puede ser empleado para tal fin⁽¹⁹⁶⁾, lo que debe ser confirmado por el empresario.

Se trata de unas declaraciones realizadas por las partes intervinientes con respecto a las cualidades del contenido o servicio digital, el consumidor o usuario pone de manifiesto que necesita el contenido o servicio digital para un fin específico y el empresario otorgará su aceptación si estima que cumple el fin específico requerido. La problemática se presenta al no haberse señalado por el legislador la necesidad de que tales fines específicos se hayan dispuesto en el contrato, y no se ha establecido una forma concreta para plasmar tales manifestaciones lo que puede dar lugar a problemas de prueba si no se cuenta una declaración o aceptación escrita⁽¹⁹⁷⁾.

⁽¹⁹⁵⁾ *Cfr.* artículo 7, apartado b), Directiva 2019/770.

¹⁹⁶ STAUDENMAYER, D., “Article 7 Subjective requirements for conformity”, cit., p. 128.

⁽¹⁹⁷⁾ LASHERAS ROMERO, C., “La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 35, Aranzadi, 2014, pp. 225 y ss.

h) Accesorios, instrucciones, instalación y asistencia acordados.

El suministro debe realizarse junto con todos aquellos accesorios e instrucciones, incluidas relativas a la instalación y a la asistencia al consumidor según se disponga en el contrato⁽¹⁹⁸⁾. Estos accesorios e instrucciones son diferentes de aquellos que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir, lo cuales se configuran como requisito objetivo de conformidad.

Así, cabe la posibilidad de que el empresario opte por la venta de forma separada de otro tipo de accesorios que no se caractericen porque el consumidor pueda razonablemente esperar recibirlos, lo que puede conducir a que ambos acuerden su suministro a través del propio contrato. en el mismo sentido ocurre con las instrucciones, el empresario debe facilitarlas, pero en ocasiones puede que por desconocimiento del consumidor u otro motivo sea preciso acordar el suministro de unas instrucciones más precisas de las que podría recibir si se estuviera solo al contenido del artículo 8, apartado 1, letra c), Directiva 2019/770.

Finalmente, como consecuencia de la complejidad que puede caracterizar a algunos contenidos o servicios digitales se prevé que empresario y consumidor acuerden en el contrato la asistencia que ha de recibir este último a fin de poder realizar un uso adecuado del contenido o servicio digital adquirido.

i) Actualizaciones acordadas.

Una parte importante de los contenidos y servicios digitales se caracterizan por permitir su actualización una vez se ha producido el

⁽¹⁹⁸⁾ *Cfr.* artículo 7, apartado c), Directiva 2019/770.

suministro, lo que a su vez permite que empresario y consumidor pacten en el contrato actualizaciones específicas a medida que estas se encuentren disponibles. El hecho de que el empresario abra la posibilidad de pactar con el consumidor una actualización concreta es sin duda un elemento que permite otorgar un valor añadido al contenido o servicio digital que finalmente se configure como elemento para que el consumidor se decante por este y no por el de la competencia.

Las actualizaciones como requisito subjetivo se configuran como toda aquella modificación del contenido o servicio digital realizada con posterioridad al contrato que ha sido pactada por consumidor y empresario, de tal manera que deberán actualizarse según disponga el contrato⁽¹⁹⁹⁾. Por ejemplo, si se adquiere una aplicación para *smartphone* por un consumidor que acuerda con el empresario que se actualice, al menos una vez al año, durante un período de cinco años.

Corresponde a empresario y consumidor pactar las actualizaciones que estimen oportunas, así como la frecuencia, duración o grado de estas, entre otras posibilidades.

Aquellos supuestos en los que no tenga lugar el suministro de la actualización pactada debe ser tratado como una falta de conformidad, igualmente, con aquellas actualizaciones que, aunque se ejecuten, no se correspondan con lo pactado por ser defectuosas o incompletas.

Estas actualizaciones pactadas deben distinguirse de aquellas contempladas como requisito objetivo que son analizadas a continuación.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. artículo 7, apartado d), Directiva 2019/770.

3. Requisitos objetivos de conformidad.

Los contenidos y servicios digitales no sólo deben cumplir con los requisitos subjetivos previstos por las partes para ser conformes, sino que además se prevén un conjunto de requisitos objetivos que deben darse para evitar que el consumidor pueda verse privado de derechos⁽²⁰⁰⁾. Tales requisitos, que se encuentran fuertemente inspirados en el CESL⁽²⁰¹⁾ fueron tomados por la PDCDig que, si bien prestaba más atención a los requisitos subjetivos y se encontraba más limitada en lo referido los objetivos, finalmente en la redacción final de la Directiva 2019/770 se ha podido apreciar un notable cambio.

- a) Aptitud para los fines de los contenidos o servicios digitales del mismo tipo.

Los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario “serán aptos para los fines a los que normalmente se destinen contenidos o servicios digitales del mismo tipo”⁽²⁰²⁾ teniendo en consideración en aquellos casos que resulte de aplicación las normas de la Unión Europea o nacionales de los Estados miembros, normas técnicas o en caso de falta de esta el código de conducta concreto de la industria relativa al sector⁽²⁰³⁾. Se trata de que el empresario haga “uso de normas, especificaciones técnicas abiertas,

⁽²⁰⁰⁾ En España se han recogido en el artículo 115 *ter* TRLGDCU.

⁽²⁰¹⁾ *Cfr.* arts. 99 y ss. CESL

⁽²⁰²⁾ Esta regla se recogía en el artículo 2, apartado 2, letra c) de la Directiva 1999/44, aunque se refería a «usos» en lugar de «fines», al respecto, CORVO LÓPEZ, F. M., “Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, p. 132, fecha de consulta 3 mayo 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5183/3652>.

⁽²⁰³⁾ *Cfr.* artículo 8, apartado 1, letra a), Directiva 2019/770.

buenas prácticas y códigos de conducta, incluso en relación con el formato comúnmente utilizado y de lectura mecánica para recuperar el contenido que no sean los datos personales facilitados o creados por el consumidor al utilizar el contenido o servicio digital, así como la seguridad de los sistemas de información y los entornos digitales, tanto si se han establecido a nivel internacional, a nivel de la Unión o a nivel de un sector industrial específico”⁽²⁰⁴⁾. Por ejemplo, un software de cifrado de datos que no sigue las directrices establecidas por el RGPD de forma que los datos puedan ser interceptados por destinatarios no autorizados, lo que supondría que el software no sea apto para la finalidad prevista que es la de transmitir los datos desde el consumidor al destinatario previsto de forma segura⁽²⁰⁵⁾. Una falta de disposiciones claras y comprensibles en el contrato sobre los aspectos del contenido o servicio digital suministrado podría llevar a un cambio en las expectativas que deben cumplirse, por ello debe evaluarse la conformidad con base a lo que un consumidor o usuario legítimamente puede esperar⁽²⁰⁶⁾.

En el entorno práctico, esta disposición no tendría por qué suponer un problema habitual de conformidad puesto que no será habitual que el consumidor o usuario le dé un fin distinto al previsto dado que los usos permitidos se encuentran codificados en el propio contenido o servicio digital⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. considerando 50 Directiva 2019/770.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. considerando 48 Directiva 2019/770.

⁽²⁰⁶⁾ LOOS, M., “The regulation of digital content B2C contracts in CESL”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 3 (3), 2014, p. 155.

⁽²⁰⁷⁾ TWIGG-FLESNER, C., “Conformity of goods and digital content/digital services”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 74.

- b) Cualidades y prestaciones normales para los productos razonablemente esperadas.

Los contenidos y servicios digitales suministrados por el empresario deben poseer aquellas cualidades y características de funcionamiento⁽²⁰⁸⁾ que normalmente poseen los contenidos y servicios digitales del mismo tipo, en concreto en lo relativo a la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad⁽²⁰⁹⁾ y que el consumidor puede de forma razonable esperar habida cuenta de la naturaleza del contenido o servicio digital suministrado. Además, se tendrán en consideración las declaraciones públicas del empresario, o en su nombre, o por terceros que intervengan en la fase previa de la cadena de transacciones, fundamentalmente en la publicidad o en el etiquetado. No obstante, el empresario se verá exonerado de dar cumplimiento a dichas cualidades o características siempre que puede probar que no tenía conocimiento de dicha declaración pública y no era razonable esperar que pudiera conocerla; al momento de la celebración del contrato, dicha declaración pública se había corregido de la misma forma o similar en la que se había realizado; tal declaración pública no tuvo capacidad de influir en la decisión del consumidor para adquirir el contenido o servicio digital⁽²¹⁰⁾.

⁽²⁰⁸⁾ El hecho de referirse expresamente a las características de funcionamiento y no solamente a las características resulta adecuado al encontrarse en un contexto de contenidos y servicios digitales, al respecto, *vid. Ibid.*, p. 75.

⁽²⁰⁹⁾ La Directiva 2019/770 no da un concepto de accesibilidad, por el que debe entenderse la posibilidad del consumidor de acceder al contenido o servicio digital. Lo mismo ocurre con el concepto de continuidad que debe interpretarse como la capacidad del consumidor de acceder al contenido o servicio digital en cualquier momento durante la vigencia del contrato. Sobre esta cuestión, *vid., Ibid.*

⁽²¹⁰⁾ *Cfr.* artículo 8, apartado 1, letra b), Directiva 2019/770.

c) Accesorios e instrucciones.

Cuando proceda, el empresario debe facilitar al consumidor aquellos accesorios e instrucciones que razonablemente este pueda esperar recibir⁽²¹¹⁾. Dado que no se excluye la materialidad de los accesorios, a pesar de tratarse del ámbito digital, al referirse a accesorios deben incluirse todos aquellos artículos que sean tangibles⁽²¹²⁾ o digitales y que puedan tener un impacto en el uso o acceso de los contenidos o servicios digitales⁽²¹³⁾. Si el consumidor de forma razonable espera recibir el accesorio con el contenido o servicio digital adquirido, tal accesorio debe considerarse como requisito objetivo de conformidad y debería ser incluido en el precio por parte del empresario⁽²¹⁴⁾. Sería, por ejemplo, el supuesto del consumidor que adquiere un videojuego que requiere un *joystick* específico sin el cual no es posible jugar, el consumidor razonablemente debe esperar recibirlo.

En lo que respecta a las instrucciones y dado que habitualmente los contenidos y servicios digitales se dirigen a todo tipo de público, es probable, que por su complejidad sea necesario contar con indicaciones relativas al uso o a la instalación, pero dado que no se hace referencia a qué tipo de instrucciones deben remitirse al consumidor, puede interpretarse en ese sentido si es lo que

⁽²¹¹⁾ Cfr. artículo 8, apartado 1, letra c), Directiva 2019/770.

⁽²¹²⁾ Los soportes materiales que sirven exclusivamente como portadores de los contenidos digitales no pueden considerarse como accesorios, dado que tienen la consideración de contenidos digitales en sí mismos, como se prevé en el artículo 3, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽²¹³⁾ ZOLL, F., “Article 99 Conformity with the contract”, en SCHULZE, R. (ed.) *Common European Sales Law (CESL): - Commentary -*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012, p. 468.

⁽²¹⁴⁾ STAUDENMAYER, D., “Article 8 Objective requirements for conformity”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 147.

razonablemente este puede esperar⁽²¹⁵⁾. No se hace referencia en la Directiva 2019/770 a la forma que tales instrucciones deben ser presentadas, no obstante, lo habitual será la remisión a una página web o a un enlace donde pueda descargarse el archivo que las contenga, en aquellos suministros que se realicen sobre un soporte material también podrían facilitarse mediante un documento impreso. Tampoco se hace referencia al idioma, pero del tenor de la Directiva 2019/770 es razonable que el consumidor espere recibir las instrucciones en su idioma.

Finalmente, la Directiva 2019/770 no hace referencia alguna al *packaging* de los contenidos y servicios digitales, la causa parece obedecer a que lo habitual es que estos se suministren *online*, no obstante, el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 se extiende también a aquellos contenidos o servicios digitales suministrados sobre un soporte material, lo que puede convertir a este *packaging* en un accesorio que el consumidor razonablemente puede esperar, especialmente, cuando resulte necesario conservar y proteger el soporte material que contiene el contenido digital⁽²¹⁶⁾, por ejemplo, un CD de música suele venir acompañado de una caja que lo protege.

En todo caso, dada la diversidad de contenidos y servicios digitales debe ceñirse al caso concreto y a lo que razonablemente el consumidor puede esperar recibir como accesorios o instrucciones.

⁽²¹⁵⁾ TWIGG-FLESNER, C., “Conformity of goods and digital content/digital services”, cit., p. 74.

⁽²¹⁶⁾ STAUDENMAYER, D., “Article 8 Objective requirements for conformity”, cit., p. 149.

d) Versión de prueba o vista previa.

Este requisito es exigible en aquellos supuestos en los que el empresario pone a disposición del consumidor una versión de prueba o una vista previa del contenido o servicio digital suministrado. Por ejemplo, es habitual con los *e-books* que se facilite el acceso a la portada, al índice y al primer capítulo, o en el caso de la música donde se permite escuchar un breve fragmento de una canción. Cuando con anterioridad a la celebración del contrato el empresario haya puesto a disposición del consumidor una versión de prueba o una vista previa, el contenido o servicio digital suministrado ha de ser ajustado con aquellas⁽²¹⁷⁾. No obstante, puede suceder que en las versiones de prueba se incluyan todas las características del contenido o servicio digital y que estas finalmente no lleguen al consumidor, por ejemplo, porque se adquiere una versión *lite* que omita características que el consumidor de forma razonable esperaba recibir. En este punto, toma de nuevo relevancia el deber de información previa del empresario.

e) Actualizaciones.

Normalmente, la mayor parte de los contenidos o servicios digitales requieren de actualizaciones periódicas para continuar funcionando, por motivos de seguridad, o, también, para incluir mejoras con funciones adicionales, de diseño, adaptaciones a actualizaciones de sistemas operativos donde se encuentran instalados, etc.

El empresario debe facilitar al consumidor actualizaciones durante el período de tiempo que razonablemente este pueda esperar para mantener la conformidad del contenido o servicio digital suministrado. Esto supone que cuando se trate de contenidos o

⁽²¹⁷⁾ Cfr. artículo 8, apartado 1, letra d), Directiva 2019/770.

servicios digitales cuyo suministro se realiza en un acto único o serie de actos individuales lo adecuado es que el empresario facilite actualizaciones durante el período de responsabilidad, no se limita la posibilidad de que el empresario que desee otorgar un valor añadido a sus productos que pueda ampliar período en beneficio del consumidor. Mientras que cuando se trata de suministros realizados a lo largo de un período continuado de tiempo, el empresario deberá suministrar actualizaciones durante el período de tiempo que se encuentre el contrato en vigor.

Por parte del empresario debe velarse por que el consumidor tenga conocimiento de las actualizaciones del contenido o servicio digital. Para ello, debe comunicarle la existencia de las mismas así como suministrárselas (incluso las que sean relativas a la seguridad) siempre que sean necesarias para que los contenidos o servicios digitales se mantengan de conformidad con el contrato. Bien durante el período en que estos deban suministrarse cuando se prevea el suministro continuo a lo largo de un período de tiempo, o bien, cuando el consumidor de forma razonable pueda esperar de acuerdo con el tipo y finalidad del contenido o servicio digital, las circunstancias y la naturaleza del contrato en los casos en los que el suministro se realiza en un acto único o u serie de actos individuales⁽²¹⁸⁾. Esto implícitamente supone que el empresario debe informar adecuadamente al consumidor de las características de la actualización, a fin de que este pueda tomar una decisión informada.

La Directiva 2019/770 descarta la obligatoriedad del consumidor de instalar las actualizaciones que el empresario eventualmente pueda facilitarle, aunque sí que se prevén las consecuencias para aquellos supuestos en los que el consumidor opte

⁽²¹⁸⁾ *Cfr.* artículo 8, apartado 2, Directiva 2019/770.

por no ejecutar la instalación de la actualización. Se trata de una exención de responsabilidad del empresario por aquellas faltas de conformidad que se produzcan única y exclusivamente por la ausencia de dicha actualización y siempre que el empresario haya informado al consumidor sobre la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de la no instalación. Además, la causa de la no instalación o instalación incorrecta por parte del consumidor no debe hallarse en deficiencias de las instrucciones facilitadas por el empresario, igualmente para el caso de que la instalación realizada por el consumidor se realizara de forma incorrecta⁽²¹⁹⁾. De manera que de forma indirecta se establece una obligación para el consumidor, pues de no instalar la actualización se verá privado de la protección que le otorga la Directiva 2019/770⁽²²⁰⁾.

La Directiva 2019/770 no debe interferir en las obligaciones que se establezcan en el Derecho de la Unión Europea o en las normativas nacionales en lo relativo a la facilitación de actualizaciones de seguridad⁽²²¹⁾.

- f) Conformidad durante el período de suministro en contratos de suministro continuado.

Algunos contenidos y servicios digitales se caracterizan por ser suministrados de forma continua a lo largo de un período de tiempo, por ejemplo, cuando se trata del acceso a servicios alojados en la nube. La Directiva 2019/770 prevé que, en esta modalidad de suministro a

⁽²¹⁹⁾ *Cfr.* artículo 8, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽²²⁰⁾ SPINDLER, G.; SEIN, K., “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*, vol. 15 (4), 2019, p. 370.

⁽²²¹⁾ *Cfr.* considerando 47 Directiva 2019/770.

fin de garantizar los derechos del consumidor, los contenidos y servicios digitales suministrados deben ser conformes durante todo el período que dure el suministro⁽²²²⁾. De forma que el empresario será responsable por aquellas faltas de conformidad que se manifiesten durante tal período⁽²²³⁾, con independencia de la duración de este. No obstante, las interrupciones a corto plazo que se produzcan durante el suministro no deben tratarse como faltas de conformidad salvo que estas sean recurrentes o notables⁽²²⁴⁾.

A fin de evaluar si cabe considerarse «notable» y por tanto tratarse de una falta de conformidad, habrá que analizar cada caso concreto teniendo en cuenta el tipo de contenido o servicio digital, la duración, etc., por ejemplo, si se trata una interrupción de un minuto en servicio de música en *streaming* en una suscripción de un mes no debería considerarse una falta de conformidad al contrario de lo ocurriría si la misma interrupción se produjera durante la retransmisión de un partido de fútbol en *streaming*⁽²²⁵⁾.

g) Suministro de la versión más reciente.

La Directiva 2019/770 reconoce expresamente el derecho del consumidor o usuario a recibir actualizaciones del contenido o servicio digital suministrado si así se ha acordado en el contrato. Por contra, el consumidor o usuario tiene derecho al suministro de la versión más reciente del contenido o servicio digital que haya disponible al momento de celebración del contrato⁽²²⁶⁾. Este requisito es

⁽²²²⁾ Cfr. artículo 8, apartado 4, Directiva 2019/770.

⁽²²³⁾ Cfr. artículo 11, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽²²⁴⁾ Cfr. considerando 51 Directiva 2019/770.

⁽²²⁵⁾ STAUDENMAYER, D., “Article 8 Objective requirements for conformity”, cit., p. 152.

⁽²²⁶⁾ Cfr. artículo 8, apartado 6, Directiva 2019/770.

especialmente relevante dado que el mercado de contenidos y servicios digitales se caracteriza por una constante y rápida evolución y el consumidor habitualmente espera recibir la última versión, además estas versiones suelen incluir mejoras de seguridad y actualizaciones que pueden tener su origen en faltas de conformidad puestas de manifiesto por otros consumidores que adquirieron con anterioridad el contenido o servicio digital.

La Directiva 2019/770 establece el momento de la celebración del contrato como el momento a tener en cuenta que versión se suministra por parte del empresario, aunque en el ámbito de los contenidos y servicios digitales ese momento habitualmente coincide con el momento del suministro dado que, en la mayoría de las ocasiones, no es preciso un plazo adicional para la puesta a disposición del consumidor de los contenidos o servicios digitales⁽²²⁷⁾ y el empresario debe realizar el suministro sin demora indebida tras la celebración del contrato⁽²²⁸⁾.

Pese a lo expuesto, las partes tiene la libertad de acordar el suministro de una versión diferente a las más reciente⁽²²⁹⁾, por ejemplo, si existe una versión, que a pesar de ser antigua, es más adecuada para el entorno digital del consumidor por contar con un dispositivo antiguo que no soporta la versión más reciente. Pese a presentarse como un derecho para el consumidor, parece que el suministro de la versión más reciente es un asunto relativo, es imprescindible tener en consideración el entorno digital del consumidor o usuario, además,

⁽²²⁷⁾ *Cfr.* considerando 61 Directiva 2019/770.

⁽²²⁸⁾ *Cfr.* artículo 5, apartado 1, Directiva 2019/770.

⁽²²⁹⁾ En este punto se encuentra una de las exclusiones del carácter imperativo de la Directiva 2019/770 previsto en el artículo 22, apartado 1, de la misma.

puede haber diferencias en las versiones según el país o incluso en función del sistema operativo la versión puede ser distinta⁽²³⁰⁾.

4. Exclusión de la evaluación de la conformidad.

El legislador ha tratado de facilitar la contratación entre consumidor y empresario, para lo que ha previsto un mecanismo que permita a las partes flexibilizar los requisitos objetivos de conformidad siempre que se cumplan un conjunto de condiciones. Este mecanismo prevé la posibilidad de que los intervinientes en la contratación se aparten de los requisitos objetivos de conformidad, lo que supone que no se dé una falta de conformidad si alguno de los requisitos objetivos recogidos en el artículo 8, apartados 1 y 2 Directiva 2019/770 no se contempla en el contrato⁽²³¹⁾.

Para que el empresario pueda optar por esta posibilidad deberá informar de forma específica al consumidor al momento de celebrar el contrato de que el contenido o servicio digital que se va a suministrar se aparta de los indicados requisitos objetivos de conformidad. Además, el consumidor debe aceptar de forma expresa y separada al resto de acuerdos o declaraciones tal divergencia y su comportamiento debe ser activo e inequívoco, por ejemplo, si el consumidor marca una casilla, presiona un botón o activa cualquier otra función similar⁽²³²⁾.

⁽²³⁰⁾ GEIREGAT, S.; STEENNOT, R., “Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity”, en TERRY, E., CLAEYS, I. (eds.) *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 133.

⁽²³¹⁾ *Cfr.* artículo 8, apartado 5, Directiva 2019/770.

⁽²³²⁾ *Cfr.* considerando 49 Directiva 2019/770.

5. Integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales.

El consumidor adquirente de un contenido o servicio digital debe llevar a cabo una serie de acciones destinadas, bien por sí mismo o bien a través del empresario suministrador para que dicho contenido o servicio pueda estar disponible en su dispositivo, la Directiva 2019/770 ha optado por utilizar el término «integración»⁽²³³⁾ a fin de diferenciarlo del término «instalación» empleado para los bienes en la Directiva 2019/771, la diferencia entonces radica en el entorno digital⁽²³⁴⁾. La integración se define en el artículo 2, apartado 4, como “la conexión e incorporación de los contenidos o servicios digitales con los componentes del entorno digital del consumidor para que los contenidos o servicios digitales se utilicen con arreglo a los requisitos de conformidad previstos por la presente Directiva.” De forma que los contenidos y servicios digitales deben integrarse correctamente en el entorno digital del consumidor, es decir, han de ser adecuados para su *hardware*, su *software* y para la conexión a la red empleada por este para acceder o hacer uso de estos. No obstante, este proceso de integración siempre se desarrolla como se desearía, sino que surgen inconvenientes que dan lugar a un resultado erróneo y no en un sentido técnico⁽²³⁵⁾.

Así, de forma independiente y cumulativa a los criterios subjetivos y objetivos de conformidad de los artículos 7 y 8 de la

⁽²³³⁾ TWIGG-FLESNER, C., “Conformity of goods and digital content/digital services”, cit., p. 77.

⁽²³⁴⁾ GEIREGAT, S.; STEENNOT, R., “Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity”, cit., p. 134.

⁽²³⁵⁾ ROSENKRANZ, F., “Article 9 Incorrect integration of the digital content or digital service”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 174.

Directiva 2019/770, se encuentran dos parámetros de conformidad relativos a la correcta integración del contenido o servicio digital suministrado⁽²³⁶⁾. Al contrario de lo que ocurre con los criterios subjetivos donde el empresario puede diseñar las distintas características, usos o aptitudes del contenido o servicio digital y de cuyo cumplimiento dará cuenta según lo establecido en el contrato, al tratarse la cuestión de la integración no se da posibilidad a que exista tal modulación contractual⁽²³⁷⁾. De tal manera que una de las consecuencias de la incorrecta integración puede derivar en una falta de conformidad del contenido o servicio digital suministrado.

Se prevé, por un lado, aquella falta de conformidad derivada de una integración incorrecta realizada por el empresario o bajo su responsabilidad, no habiendo diferencia en las consecuencias legales, enfrentándose cualquiera de ellos a una responsabilidad de carácter objetivo, tratándose de una obligación de resultado del responsable de la integración⁽²³⁸⁾.

Por otro lado, se encuentra la integración incorrecta realizada por el consumidor a causa de unas instrucciones de integración deficientes y que hayan sido facilitadas por el empresario, por ejemplo, instrucciones incompletas, no suficientemente claras para un consumidor medio, o incluso, si no se facilitaron ningún tipo de instrucciones y no se informó en el contrato de tal circunstancia⁽²³⁹⁾.

En aquellos supuestos en los que la integración consista en un servicio independiente del empresario, es posible distinguir entre dos

⁽²³⁶⁾ *Cfr.* artículo 9 Directiva 2019/770.

⁽²³⁷⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 41.

⁽²³⁸⁾ *Ibid.* p. 42.

⁽²³⁹⁾ *Cfr.* considerando 52 Directiva 2019/770

escenarios. Por una parte, se encontraría aquellos suministros realizados dentro de lo previsto en el artículo 3, apartado 1, Directiva 2019/770 en consonancia con lo previsto en el artículo 2, apartado 2, y donde cualquier integración defectuosa sería considerada una falta de conformidad de acuerdo con los arts. 7 y 8 Directiva 2019/770. Y, por otra parte, si la integración es un servicio independiente que no puede encuadrarse dentro servicio digital definido en el artículo 2, apartado 2, Directiva 2019/770, entonces, se trata un supuesto fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 de acuerdo con el artículo 3, apartado 5, Directiva 2019/770⁽²⁴⁰⁾.

6. Derechos de terceros.

Los contenidos y servicios digitales pueden incluir restricciones que impidan o limiten el uso de conformidad con los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad previstos en la Directiva 2019/770⁽²⁴¹⁾. Estas restricciones son impuestas por un tercero titular de derechos de propiedad intelectual y pueden aparecer recogidas en el acuerdo de licencia de usuario final en virtud del cual se produce el suministro. Por ejemplo, si dicho acuerdo prohíbe al consumidor la utilización de algunas características relativas a la funcionalidad del contenido o servicio digital⁽²⁴²⁾.

Estas restricciones establecidas pueden dar lugar a un incumplimiento de los requisitos objetivos de conformidad si afecta a las características que se encuentran habitualmente en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que de forma razonable el

⁽²⁴⁰⁾ ROSENKRANZ, F., “Article 9 Incorrect integration of the digital content or digital service”, cit., p. 177.

⁽²⁴¹⁾ *Cfr.* artículo 10 Directiva 2019/770.

⁽²⁴²⁾ *Cfr.* considerando 53 Directiva 2019/770.

consumidor puede esperar. En estos casos los Estados miembros deben procurar que el consumidor pueda tener acceso a los remedios previstos en el artículo 14 Directiva 2019/770, excepto, si el Derecho nacional ha previsto que el contrato de suministro del contenido o servicio digital puede anularse o rescindirse.

Asimismo, el empresario puede verse exonerado de responsabilidad en aquellos casos en que se dé cumplimiento de las condiciones para reconocer una excepción a los requisitos objetivos de conformidad previstos en la Directiva 2019/770. Es decir, si con anterioridad a la celebración del contrato se informa por parte del empresario al consumidor y de forma específica de una característica determinada del contenido o servicio digital que se aparte de los requisitos objetivos del artículo 8 Directiva 2019/770 y que tal circunstancia sea aceptada expresamente y de forma separada por el consumidor⁽²⁴³⁾, tal y como se prevé en el artículo 8, apartado 5, Directiva 2019/770.

7. Plazos de responsabilidad del empresario por la falta de conformidad y prescripción.

El empresario es responsable de todos aquellos incumplimientos que se produzcan en el suministro de los contenidos o servicios digitales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 Directiva 2019/770⁽²⁴⁴⁾. Si bien, existen algunas particularidades en lo que a plazos se refiere dependiendo de si se trata de un contrato de suministro único o serie de actos individuales, o si se trata de un contrato de suministro continuo a lo largo de un período de tiempo.

⁽²⁴³⁾ *Cfr.* considerando 53 Directiva 2019/770.

⁽²⁴⁴⁾ *Cfr.* artículo 11, apartado 1, Directiva 2019/770.

Asimismo, debe tenerse en consideración el plazo de prescripción dentro de cual el consumidor puede ejercer su derecho una vez que la falta de conformidad se ha puesto de manifiesto dentro del período establecido y correspondiente a cada modalidad de suministro. Este plazo no se regula en la Directiva 2019/770, a pesar de que sí establece límites con la finalidad de evitar que tales plazos puedan reducir considerablemente el plazo de responsabilidad del Estado miembro⁽²⁴⁵⁾.

- a) Suministro en acto único o serie de actos individuales de suministro.

En lo que respecta a los contratos en los que el contenido o servicio digital se va a suministrar en un único acto o mediante una serie de actos individuales, el empresario es responsable por cualquier falta de conformidad que exista al momento del suministro conforme a lo dispuesto en los arts. 7, 8 y 9 Directiva 2019/770, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8, apartado 2, letra b) Directiva 2019/770. Al contrario de lo que ha hecho la Directiva 2019/771 donde se fija el plazo de un año ampliable a dos que comprende aquellos defectos que se pongan de manifiesto desde el momento del suministro⁽²⁴⁶⁾, la Directiva 2019/770 no fija un plazo durante el cual el empresario es responsable de las faltas de conformidad que se pongan de manifiesto tras el suministro, sino que se deja la cuestión al arbitrio de cada Estado miembro. De esta forma, cuando cada estado en su Derecho

⁽²⁴⁵⁾ GSELL, B.; ARALDI, R., “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, cit., p. 487.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. artículo 11 Directiva 2019/771.

nacional establece la responsabilidad del empresario por la falta de conformidad puesta de manifiesto en un momento posterior al suministro, este no puede ser inferior a dos años computados desde que tuvo lugar el suministro, con la salvedad del artículo 8, apartado 2, letra b), Directiva 2019/770⁽²⁴⁷⁾. Se trataría de una cláusula de apertura, el plazo se puede ampliar, pero no reducir, que iría en contra de la plena armonización pretendida por el legislador europeo⁽²⁴⁸⁾, en virtud de esta amplia libertad pueden darse diferentes grados de protección del consumidor en función del estado en el que se encuentre.

Igualmente, se prevé la posibilidad de que las medidas previstas en el artículo 14 Directiva 2019/770 para las faltas de conformidad estén sujetas o solamente estén sujetas a un plazo de prescripción que será previsto por los derechos nacionales, y, en cuyo caso, no será inferior a dos años de acuerdo con el artículo 11, apartado 2, párrafo segundo.

b) Suministro continuado a lo largo de un período de tiempo.

En estos supuestos el empresario responde de toda falta de conformidad que tenga lugar o se manifieste durante todo el período de tiempo que dure el suministro de acuerdo con el contrato celebrado⁽²⁴⁹⁾, incluso, aunque la duración de este sea superior a dos años. Si, por ejemplo, un consumidor realiza una suscripción a la

⁽²⁴⁷⁾ *Cfr.* artículo 11, apartado 2, párrafo 2º, Directiva 2019/770.

⁽²⁴⁸⁾ GSELL, B.; ARALDI, R., “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, *cit.*, p. 486.

⁽²⁴⁹⁾ Artículo 11, apartado 3, Directiva 2019/770.

plataforma *Netflix* en virtud de la cual tiene acceso a los contenidos digitales de los que ésta dispone, estos tendrán que ser conformes durante todo el período que dure el contrato con independencia de que se haya fijado o no una duración determinada, no siendo posible que se dé una falta de conformidad una vez que el consumidor no tiene acceso al contenido o servicio digital⁽²⁵⁰⁾.

Si el derecho nacional de cada estado miembro prevé para las medidas correctoras por falta de conformidad un plazo de prescripción, este plazo debe facultar al consumidor o usuario para exigir tales medidas correctoras durante el período que tenga lugar el suministro

8. Carga de la prueba.

Siguiendo la máxima de protección del consumidor, la Directiva 2019/770 establece como regla general que el *onus probandi* con relación a la falta de conformidad al momento del suministro recae sobre el empresario⁽²⁵¹⁾. La motivación del legislador para hacer recaer la carga de la prueba en el empresario se justifica en el principio de facilidad probatoria. Esta cuestión no es ninguna novedad, la Comisión Europea ya se había manifestado al respecto diciendo que “cuando la falta de conformidad consista en la existencia de un defecto que se manifieste después (y en ocasiones mucho después), aportar la prueba de que el defecto ya existía en el momento de la recepción del bien puede ser un obstáculo insalvable para el consumidor. En efecto,

⁽²⁵⁰⁾ MORAIS CARVALHO, J., “Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 41.

⁽²⁵¹⁾ Cfr. artículo 12, apartado 1, Directiva 2019/770.

generalmente es mucho más fácil para el profesional demostrar que la falta de conformidad no existía en el momento de la entrega, sino que se debe, por ejemplo, a una utilización incorrecta por parte del consumidor. Por esa razón, la jurisprudencia de varios Estados miembros ha desarrollado a lo largo del tiempo una práctica dirigida a invertir la carga de la prueba en el caso de compras de los consumidores a profesionales”⁽²⁵²⁾.

Los contenidos y servicios digitales se caracterizan por poseer una complejidad, además de una particular y especial naturaleza, siendo el empresario suministrador el que posee un mejor conocimiento de estos⁽²⁵³⁾. Este ostenta, aparte del *know-how*, acceso a determinados conocimientos prácticos, a información técnica, a asistencia en alta tecnología, situándolo en una posición privilegiada para conocer las causas de la falta de conformidad del contenido o servicio digital o de la propia falta de suministro. De forma que, es el empresario, el sujeto adecuado entre los intervinientes en el contrato para evaluar con mayor discernimiento si la causa de la falta de conformidad o de suministro obedece un incumplimiento de los requisitos previstos en la Directiva 2019/770, o bien, si se debe a

⁽²⁵²⁾ Al respecto, ., “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo COM/95/0520 final - COD 96/0161.”, 1996, p. 12, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:1995:0520:FIN>.

⁽²⁵³⁾ En el caso del suministro *online* se trata de un servicio que se presta de forma virtual y a distancia, por lo que el consumidor que estime que se ha producido una falta de conformidad no tiene por qué distinguir entre problemas de seguridad, conectividad, etc. y aquellos otros en los que se produce una falta de diligencia, dolo o morosidad por parte del empresario suministrador o terceros que intervengan para que prestar otros servicios de los que depende el servicio final, al respecto, ROSELLÓ RUBERT, F. M., “Condiciones generales de plataformas de música en continuo (streaming): potencial abusividad de exoneraciones y limitaciones de garantías”, cit., p. 5.

causas de incompatibilidad entre el entorno digital del consumidor y las características técnicas de los contenidos o servicios digitales.

En todo caso, corresponde al consumidor poner en conocimiento del empresario la falta de conformidad, y en caso de que exista conflicto respecto a la existencia de la misma, incumbe al consumidor aportar las pruebas que estime pertinentes para acreditar que los contenidos o servicios digitales no son conformes, si bien, no tiene que probar que la falta de conformidad estaba presente al momento de suministro en los supuestos de acto único o serie de actos individuales, o durante la vigencia del contrato en lo supuestos de suministro continuo, dicha labor corresponde al empresario. En otras palabras, corresponde al consumidor probar la existencia de la falta de conformidad y comunicarla dentro del plazo correspondiente. Una vez concurren ambas condiciones, tiene lugar una inversión de la carga de la prueba hacia el suministrador que deberá probar que dicha falta de conformidad no existía al momento del suministro o durante la vigencia del suministro continuo.

Pese a lo expuesto, por parte del legislador europeo, de forma acertada, se han previsto un conjunto de circunstancias que en caso de producirse harán que se aplique un régimen específico⁽²⁵⁴⁾ por el que se traslada desde el empresario hacia el consumidor la obligación de probar que los contenidos o servicios digitales no eran conformes al momento del suministro.

Como se ha indicado, la carga de la prueba con relación a si los contenidos o servicios digitales han sido suministrados al consumidor

⁽²⁵⁴⁾ *Cfr.* artículo 12 Directiva 2019/770.

de conformidad con lo previsto en el artículo 5 Directiva 2019/770 recae sobre el empresario⁽²⁵⁵⁾.

En aquellos supuestos en los que el contenido o servicio digital es suministrado en un acto único o una serie de actos individuales, corresponde al empresario probar que los contenidos o servicios digitales suministrados eran conformes en el momento del suministro por todas aquellas faltas de conformidad que se pongan de manifiesto en el plazo de un año desde el momento del suministro⁽²⁵⁶⁾.

Mientras que cuando los contenidos o servicios digitales son suministrados a lo largo de un período de tiempo, la carga de la prueba respecto a que estos eran conformes durante dicho período recae sobre el empresario si la falta de conformidad se manifiesta dentro del período en que tiene lugar el suministro⁽²⁵⁷⁾.

8.1. Excepciones a la carga de la prueba del empresario.

Dispone el apartado 4, del artículo 12 Directiva 2019/770 que los apartados 2 y 3 del mismo no resultaran de aplicación si concurren dos requisitos. El primero es que el empresario logre probar que el entorno digital del consumidor no es compatible con los requisitos técnicos que caractericen a los contenidos o servicios digitales suministrados. El segundo es que el empresario haya informado al consumidor con carácter previo a la celebración del contrato y de forma clara y comprensible sobre dichos requisitos. Ambos deben darse simultáneamente, pues el empresario no puede escudarse en una incompatibilidad del entorno digital del consumidor si no le ha

⁽²⁵⁵⁾ *Cfr.* artículo 12, apartado 1, Directiva 2019/770.

⁽²⁵⁶⁾ *Cfr.* artículo 12, apartado 2, Directiva 2019/770.

⁽²⁵⁷⁾ *Cfr.* artículo 12, apartado 3, Directiva 2019/770.

informado debidamente de las características que debe poseer al momento de la celebración del contrato.

8.1.1. Incompatibilidad del entorno digital del consumidor.

En el caso de que el empresario pueda acreditar que el entorno digital del consumidor no es compatible con los requisitos técnicos del contenido o servicio digital de los que se ha informado al consumidor por parte del empresario de una forma clara y comprensible con anterioridad al contrato, será entonces cuando el consumidor asumirá la carga de probar que la falta de conformidad ya existía en el momento del suministro.

Los requisitos de información precontractual establecidos en la Directiva 2011/83, con las modificaciones introducidas por la Directiva 2019/2161, entrarán en juego en este punto, dado que si el empresario ha cumplido con el deber de información se verá exonerado de probar la falta de conformidad. Si bien, queda abierta la posibilidad del consumidor de probar que la información facilitada por el empresario no fue clara y comprensible como exige la Directiva 2019/770 recayendo nuevamente sobre este la carga de la prueba respecto al cumplimiento del deber de información.

8.1.2. La obligación de cooperación del consumidor con el empresario.

Se establece la obligación del consumidor de cooperar con el empresario a fin de determinar si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el momento indicado en el

artículo 11, apartados 2 (acto único de suministro o serie de actos individuales) o 3 (suministro continuo durante un período de tiempo) Directiva 2019/770, según sea de aplicación, radica en su entorno dado que es el propio consumidor el que tiene un conocimiento detallado de su entorno digital⁽²⁵⁸⁾.

Esta obligación de cooperación ha sido introducida con cierto grado de medida⁽²⁵⁹⁾, puesto que se realizará siempre en la medida de lo razonablemente posible y necesario, encontrándose limitada a aquellos medios técnicos que estén disponibles y que resulten menos intrusivos para el consumidor. Es decir, la cooperación debe ejercerse desde el respeto a la vida privada y la intimidad como derecho fundamental, incluyendo además la confidencialidad de las comunicaciones, y, por supuesto la protección de los datos de carácter personal⁽²⁶⁰⁾. Así, la cooperación puede realizarse a través de informes generados de forma automática por el dispositivo del consumidor, o elaborados por propia iniciativa del consumidor, facilitando los datos de conexión a internet, correos electrónicos describiendo la incidencia, o, incluso, de forma excepcional y bajo unas circunstancias justificadas como que no haya disponibilidad de otros recursos, el consumidor permita al empresario acceder virtualmente a su entorno digital.

En aquellos supuestos en los que se produzca una negativa a la cooperación por parte del consumidor, la carga de la prueba con relación a si la falta de conformidad existía o no en el momento indicado en los apartados 2 o 3 del artículo 11 Directiva 2019/770,

⁽²⁵⁸⁾ *Cfr.* artículo 12, apartado 5, Directiva 2019/770

⁽²⁵⁹⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 48.

⁽²⁶⁰⁾ *Cfr.* considerando 60 Directiva 2019/770.

recaerá sobre el propio consumidor. No obstante, será preciso que haya sido informado, de forma clara y comprensible y con anterioridad a la celebración del contrato, por parte del empresario de las consecuencias de dicha falta de cooperación. Es decir, el consumidor no sólo tendrá que probar que los contenidos o servicios digitales no son conformes, sino que además deberá acreditar que los mismos no eran conformes en el momento del suministro en los supuestos de acto único o serie de actos individuales de suministro o, durante la vigencia del contrato, si el contrato establece un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo.

9. La modificación de los contenidos y servicios digitales.

Como consecuencia de la rápida evolución de los contenidos y servicios digitales, las modificaciones, mejora o actualizaciones de los contenidos y servicios digitales pueden ser necesarias a fin de mantener la conformidad de acuerdo con lo establecido en los arts. 7 y 8 Directiva 2019/770. No obstante, en otras ocasiones, dichas modificaciones van más allá de lo estrictamente necesario para mantener la conformidad, es decir, no se trata de meras actualizaciones o mejoras que garanticen la conformidad, sino que se trata de modificaciones que se realizan sin que su motivación radique en mantener la conformidad los contenidos o servicios digitales suministrados, por ejemplo, adaptar el contenido o servicio digital a un nuevo sistema operativo⁽²⁶¹⁾. Este tipo de modificaciones, que se aparten de los requisitos objetivos de conformidad, y que podían haber sido previstas al momento de celebrar el contrato tendrán que ser

⁽²⁶¹⁾ SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Conformity Criteria, Remedies and Modifications - Part 2”, cit., p. 388.

aceptadas de forma expresa por el consumidor en dicho momento⁽²⁶²⁾. De manera que, si el consumidor o usuario considera que los contenidos o servicios digitales afectados ya no cumplen los requisitos de conformidad como consecuencia de las modificaciones, o si se ven afectados negativamente por las mismas, y, no de forma mínima, está facultado para solicitar la resolución del contrato⁽²⁶³⁾.

Habitualmente, tales modificaciones redundan en el beneficio del consumidor pues suponen mejoras para el contenido o servicio digital suministrado y tienen su origen en distintas causas como, por ejemplo, la adaptación del contenido o servicio digital a un nuevo entorno técnico o número de usuarios, o por razones operativas de carácter significativo⁽²⁶⁴⁾. Así, la Directiva 2019/770 ha posibilitado que el empresario pueda modificar, actualizar o mejorar los contenidos o servicios digitales suministrados o puestos a disposición del consumidor durante un período de tiempo incluso aunque se haga más allá de lo necesario para mantener la conformidad⁽²⁶⁵⁾ y siempre que se den un conjunto de requisitos que se analizarán a continuación.

⁽²⁶²⁾ Cfr. considerando 74 Directiva 2019/770.

⁽²⁶³⁾ A pesar de que se concede al consumidor o usuario la posibilidad de resolver el contrato, no deja de ser una potente herramienta a disposición de la industria de contenidos y servicios digitales para modificar el contrato de forma unilateral, al respecto, FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, *Workshop of JURI-Committee of the European Parliament*, 2016, p. 18, fecha de consulta 7 marzo 2020, en http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/bb43b895-f66a-4c00-9994-80253aaf17c4/pe_536.495_en_all_for_print.pdf.

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. considerando 75 Directiva 2019/770.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. artículo 19 Directiva 2019/770.

Hay que precisar que la posibilidad de modificar los contenidos y servicios digitales se ha atribuido únicamente al empresario, en ningún caso corresponde al consumidor.

Además, se excluye la posibilidad de aplicar las disposiciones de la Directiva 2019/770 relativas a las modificaciones de los contenidos y servicios digitales cuando estos sean suministrados, en el sentido de la Directiva 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas⁽²⁶⁶⁾, dentro de un paquete contratado junto con un servicio de comunicaciones interpersonales basado en número o un servicio de acceso a internet⁽²⁶⁷⁾.

9.1. Requisitos para la modificación.

Los requisitos para que proceda la modificación de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario se recogen en el artículo 19, apartado 1, Directiva 2019/770. Estos requisitos, son cumulativos por lo que deben darse todos ellos simultáneamente.

- a) Contrato de suministro a lo largo de un período de tiempo.

La posibilidad de modificar el contenido o servicio digital en los términos previstos en el artículo 19 Directiva 2019/770 únicamente se puede plantear en aquellos que son suministrados a lo largo de un

⁽²⁶⁶⁾ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. L321, 2018, fecha de consulta 1 febrero 2021, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2018:321:TOC>.

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. considerando 33 Directiva 2019/770.

período continuado de tiempo, como, por ejemplo, a servicios en la nube o suscripciones a redes sociales o plataformas de vídeo o música.

No tiene cabida la modificación en dichos términos si se trata de suministros realizados en un acto único o en una serie de actos individuales, por ejemplo, el suministro de un programa informático, lo que evidentemente no excluye la posibilidad de que estos reciban actualizaciones de acuerdo con el artículo 8, apartado 2, Directiva 2019/770.

b) El contrato lo permite y se proporciona una razón válida.

Empresario y consumidor están facultados para fijar en el contrato una cláusula que autorice al empresario a llevar a cabo modificaciones de los contenidos y servicios digitales que vayan más allá de lo necesario para mantener la conformidad. Es indispensable que el contrato permita la modificación, pero además al mismo tiempo debe existir una razón válida para efectuarla⁽²⁶⁸⁾. Ambos requisitos son necesarios para una válida modificación.

Las razones válidas no son facilitadas por la Directiva 2019/770, sino que se dejan a la libre discreción del empresario. Entre ellas se encuentra la necesidad de adaptar el contenido o servicio digital a un número mayor de usuarios o a que surja un nuevo entorno técnico, también el empresario puede justificar la modificación en razones operativas que revistan carácter importante. Si bien es cierto que puede ocurrir que el propio suministrador se vea sorprendido y no haya previsto la necesidad de proceder a unas determinadas

⁽²⁶⁸⁾ *Cfr.* artículo 19 apartado 1, letra a), Directiva 2019/770.

modificaciones, lo que puede suponerle una elevada carga si no se le da la posibilidad de modificar los contenidos o servicios digitales.

c) Sin costes adicionales.

La modificación debe efectuarse sin que suponga ningún tipo de coste adicional para el consumidor⁽²⁶⁹⁾. Si las modificaciones ejecutadas por el empresario estuvieran sujetas a cualquier tipo de coste para el consumidor, este correría el peligro de ser presionado para aceptar unas nuevas condiciones decididas por el empresario unilateralmente y que se le presentaran de forma «*take it or leave it*» y que en caso de no aceptación por parte del consumidor conllevaría la terminación del contrato⁽²⁷⁰⁾.

d) Información clara y comprensible.

El empresario debe velar por informar al consumidor de la modificación de una forma clara y comprensible⁽²⁷¹⁾, obviándose el uso de términos genéricos⁽²⁷²⁾. Se trata de que el consumidor pueda tomar la decisión con pleno conocimiento del alcance y consecuencias de aceptar la modificación o resolver el contrato.

Al contrario de lo que ocurre en aquellos casos en los que la modificación afecta negativamente al consumidor, en este caso no se

⁽²⁶⁹⁾ Cfr. artículo 19 apartado 1, letra b), Directiva 2019/770.

⁽²⁷⁰⁾ WENDLAND, M., “Article 19 Modification of the digital content or digital service”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 319.

⁽²⁷¹⁾ Artículo 19 apartado 1, letra c), Directiva 2019/770.

⁽²⁷²⁾ SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Conformity Criteria, Remedies and Modifications - Part 2”, cit., p. 389.

prevé la obligación del empresario de facilitar dicha información en un soporte duradero.

- e) Información en caso de que la modificación afecte negativamente al consumidor.

Si la modificación afecta de un modo notable y negativo al acceso o al uso del contenido o servicio digital, el empresario está obligado a informar al consumidor del momento en que se va a producir la modificación, así como de sus características y del derecho a resolver el contrato como consecuencia de tal modificación. Dicha información debe facilitarse con una antelación razonable y en un soporte duradero.⁽²⁷³⁾ Con un soporte de este tipo, se logra que el consumidor pueda disponer de la información relativa a la contratación durante el período de tiempo preciso para poder defender sus intereses derivados de la relación contractual con el empresario⁽²⁷⁴⁾.

También debe informarse por parte del empresario de la existencia de la posibilidad de mantener el contrato sin llevar a cabo

⁽²⁷³⁾ *Cfr.* artículo 19, apartado 1, letra d), Directiva 2019/770.

⁽²⁷⁴⁾ El empresario dispone de múltiples posibilidades para facilitar la información, como puede ser en papel, en un DVD, una memoria USB, sin embargo, dado que el objeto del contrato celebrado recae en un contenido o servicio digital, lo adecuado, es que el empresario facilite la información en formato digital, por ejemplo, a través de un correo electrónico o mediante un documento descargable. En este sentido el artículo 2, apartado 13, Directiva 2019/770 define el soporte duradero como “todo instrumento que permita al consumidor o al empresario almacenar información dirigida personalmente a esa persona de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios.” Así, la condición de que la información se proporcione en un soporte duradero se cumple si el texto se proporciona por escrito, al respecto, *vid.* WENDLAND, M., “Article 19 Modification of the digital content or digital service”, *cit.*, p. 320.

modificación en el contenido o servicio digital siempre que estos continúen siendo conformes y no le suponga coste alguno al consumidor. En este último supuesto el consumidor no tiene derecho a resolver el contrato. Para el caso de que el consumidor opte por mantener los contenidos o servicios digitales sin llevar a cabo la modificación, y estos dejen de ser conformes con el contrato, el consumidor, podrá acudir a las medidas correctoras de la falta de conformidad previstas en la Directiva 2019/770, esto es, que se pongan en conformidad, se reduzca el precio o se resuelva el contrato. En el mismo sentido, si tras la modificación se produce una falta de conformidad cuyo origen sea ajeno al resultado de la modificación, el consumidor continúa teniendo a su disposición el empleo de las medidas correctoras de la falta de conformidad indicadas.

La posibilidad de modificación, mejora o actualización de los contenidos o servicios digitales no será operable cuando consumidor y empresario celebren un nuevo contrato, por ejemplo, para el suministro de una nueva versión del contenido o servicio digital.

9.2. Derecho a la resolución del contrato consecuencia de la modificación.

La Directiva 2019/770 a fin de dotar de un alto grado de protección a los intereses del consumidor, frente a la modificación realizada por el empresario, le posibilita resolver el contrato si la modificación del contenido o servicio digital pretendida por el empresario afecta de forma negativa al acceso o a al uso de estos⁽²⁷⁵⁾, dicha resolución seguiría el esquema previsto en los arts. 15 a 18 Directiva 2019/770. No obstante, el consumidor no podrá optar por la

⁽²⁷⁵⁾ Cfr. artículo 19, apartado 2, Directiva 2019/770.

resolución si el efecto negativo de la modificación es mínimo, tampoco podrá solicitar la continuación del contenido o servicio digital en los términos previos a la modificación, que disponga de esta oportunidad depende únicamente del empresario⁽²⁷⁶⁾.

El grado en que la modificación afecte al uso o acceso debe de valorarse de forma objetiva, teniéndose en consideración la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, así como, la funcionalidad, compatibilidad, calidad y otras características que sean las habituales en los contenidos o servicios digitales del mismo tipo. Así, por ejemplo, si el consumidor adquiere una aplicación meteorológica en la que la modificación que realiza el suministrador consiste en la modernización de los iconos o en el cambio de colores o fuentes tipográficas no puede considerarse que para el consumidor tenga un efecto negativo de entidad suficiente como para resolver el contrato.

El derecho a resolver el contrato no es ilimitado en el tiempo, sino que debe ejercerse en un plazo de treinta días desde la fecha en que el consumidor haya recibido por parte del empresario la información relativa a la modificación, o en su caso a partir del momento en que se proceda por el empresario a la modificación si este ocurriera en un momento posterior.

En ningún caso, la resolución puede suponer coste alguno para el consumidor.

Se prevé una excepción, el consumidor carecerá del derecho a resolver el contrato siempre que el empresario le haya otorgado la

⁽²⁷⁶⁾ SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Conformity Criteria, Remedies and Modifications - Part 2”, cit., p. 389.

posibilidad de mantener los contenidos y servicios digitales sin la modificación y no suponga coste alguno para el consumidor⁽²⁷⁷⁾. Al mismo tiempo, deben de continuar siendo conformes, lo cual supone que no deben tener ningún defecto.

⁽²⁷⁷⁾ *Cfr.* artículo 19, apartado 4, Directiva 2019/770.

CAPÍTULO IV.- LAS MEDIDAS CORRECTORAS DEL CONSUMIDOR O USUARIO POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES SUMINISTRADOS Y POR LA FALTA DE SUMINISTRO.

Sumario: 1. Origen y evolución de las medidas correctoras del consumidor o usuario ante las faltas de conformidad. – 2. Las medidas correctoras por falta de conformidad en los contenidos y servicios digitales. 2.1. La puesta en conformidad del contenido o servicio digital como remedio primario. 2.1.1. Los límites a la puesta en conformidad. 2.1.2. Modo de ejecución de la puesta en conformidad. 2.2. La reducción del precio y la resolución del contrato como remedios secundarios. 2.2.1. La reducción del precio. 2.2.1.1. Operativa para la reducción del precio. 2.2.1.2. La reducción del precio en los supuestos de facilitación de datos personales. 2.2.2. La resolución del contrato. 2.2.2.1 Presupuestos. 2.2.2.2. Ejercicio del derecho de resolución. 2.2.2.3. Obligaciones del empresario en caso de resolución. 2.2.2.4. Obligaciones del consumidor en caso de resolución del contrato. 2.2.2.5. El incumplimiento del consumidor como causa de resolución del contrato. 2.2.3. Plazos y modalidades de reembolso en supuestos de reducción del precio y resolución del contrato. – 3. La indemnización por daños y perjuicios consecuencia de la falta de conformidad. – 4. Las medidas correctoras por incumplimiento de suministro.

1. Origen y evolución de las medidas correctoras del consumidor o usuario ante las faltas de conformidad.

En el ámbito del Derecho de Consumo, el tema de las medidas correctoras o remedios a disposición del consumidor ante la falta de conformidad del producto contratado es uno de los asuntos abordados con más asiduidad dada la repercusión práctica que ostenta, si bien, las medidas correctoras en el ámbito digital gozan de un régimen nuevo introducido por la Directiva 2019/770. De tal modo que, en el presente capítulo se pretende examinar los «remedios»⁽²⁷⁸⁾ de los que dispone el consumidor para obtener protección en aquellos supuestos en los que el empresario no ha suministrado un contenido o servicio digital conforme a lo pactado, es decir, cuando se produce una falta de conformidad.

Como se ha analizado, la Directiva 2019/770 establece una división en la forma de tratar el incumplimiento del empresario en función de si éste no ha suministrado el contenido o servicio digital⁽²⁷⁹⁾ o si en el caso de que lo haya hecho el contenido o servicio digital suministrado no es conforme con lo pactado en el contrato⁽²⁸⁰⁾.

Los mecanismos correctores destinados a paliar la falta de conformidad del producto adquirido por el consumidor se introdujeron en el ámbito del Derecho de Consumo de forma relativamente reciente, convirtiéndose en un asunto central del debate doctrinal la

⁽²⁷⁸⁾ El término remedio no es el único empleado para referirse a las distintas posibilidades de las que dispone el consumidor para lograr la puesta en conformidad. Es posible encontrar otras denominaciones como «medios de tutela» utilizadas como sinónimo, sobre la cuestión, FERRANTE, A., “Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 35, 2018, p. 166.

⁽²⁷⁹⁾ *Cfr.* artículo 13 Directiva 2019/770.

⁽²⁸⁰⁾ *Cfr.* artículo 14 Directiva 2019/770.

inconveniencia del establecimiento de un régimen diferenciado de los remedios a favor del adquirente en función de si se trata del ámbito civil o de consumo⁽²⁸¹⁾.

El punto de partida se sitúa en la Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías⁽²⁸²⁾, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, que constituye uno de los modelos de referencia adoptados por el legislador en lo referente a la obligación del vendedor de entregar al comprador un producto conforme a lo contratado⁽²⁸³⁾. La Directiva 1999/44 incluyó como fuente de desarrollo textos ajenos a la normativa de consumo, tomando especial relevancia la mencionada Convención de Viena gracias a la cual “por primera vez se encuentra una feliz fusión de esquemas que procedían del *common law* y otros que procedían del Derecho europeo continental, especialmente en lo que concierne a la idea de incumplimiento del contrato y a los remedios utilizables frente al incumplimiento”⁽²⁸⁴⁾. De forma que se prevén las distintas posibilidades de las que dispone la parte que celebra un contrato de

⁽²⁸¹⁾ BECH SERRAT, J. M., “Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2010, fecha de consulta 21 abril 2020, en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/697_es.pdf.

⁽²⁸²⁾ Texto disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

El tratado fue ratificado por Italia a través de la *Legge* 11 de diciembre de 1985, n. 765, publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, n. 303 del 27 de diciembre de 1985, mientras que, en España, el Instrumento de Adhesión de España data de 17 de julio 1990, siendo publicado en el BOE n. 26, de 30 de enero de 1991.

⁽²⁸³⁾ CORAPI, D., “La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?”, en AA. VV. (ed.) *L’attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell’acquirente di beni di consumo. Atti del Convegno internazionale del 14 e 15 settembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, p. 137.

⁽²⁸⁴⁾ DÍEZ-PICAZO L., “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LVI (4), BOE, Madrid, 2003, p. 1565.

compraventa con otra parte que tiene su establecimiento en otro estado en caso de que las mercaderías adquiridas no sean conformes con el contrato, introduciéndose de forma expresa, la expresión «remedios»⁽²⁸⁵⁾.

La Convención de Viena se refiere a tales remedios en sus artículos 46 y siguientes en relación con el cumplimiento *in natura* mientras que en el artículo 49 y siguientes se ocupa de la resolución del contrato. En particular, se precisa, en el apartado 2 del artículo 46, que el comprador podrá exigir la sustitución de la mercadería entregada siempre que la falta de conformidad constituya un incumplimiento del contrato de carácter esencial. Mientras que el apartado 3 del citado artículo se refiere a la reparación a la que puede optar el comprador si la mercadería no es conforme con el contrato y a condición de que de acuerdo con las circunstancias no sea razonable para el vendedor⁽²⁸⁶⁾.

A esto debe añadirse las importantes aportaciones doctrinales realizadas a través de distintos trabajos que han ofrecido diferentes posibilidades con numerosos puntos en común, entre las que cabe destacar, los Principios de Derecho Contractual Europeo⁽²⁸⁷⁾, el *Draft Common Frame of Reference*⁽²⁸⁸⁾, los trabajos del *Study Group on a*

⁽²⁸⁵⁾ CAPILLI, G., “Las garantías en la venta de consumo”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LX (IV), BOE, Madrid, 2007, p. 1711.

⁽²⁸⁶⁾ Para un análisis en profundidad, *vid.* BECHSERRAT, J. M., “Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias”, *cit.*, pp. 5 y ss.

⁽²⁸⁷⁾ Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos o *Principles of European Contract Law* (PECL) son fruto del trabajo de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos dirigida por el profesor Lando. El objetivo de estos, al igual que el DCFR, es la creación dentro de la Unión Europea de una normativa sobre derecho de contratos común a los Estados Miembros.

⁽²⁸⁸⁾ El Borrador del Marco Común de Referencia o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), proyecto publicado en el año 2009 y elaborado por especialistas en Derecho Privado de la Unión Europea tenía como objetivo lograr un Código Civil

European Civil Code o del *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)* o los principios UNIDROIT⁽²⁸⁹⁾.

En España, el principio de conformidad de los productos con el contrato se introdujo a través de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y que como su nombre indica se refería a aquellas compraventas realizadas con consumidores, y en virtud de la cual se llevó a cabo la transposición de la Directiva 1999/44, recientemente derogada⁽²⁹⁰⁾, para ser incorporada al TRLGDCU que se encuentra en vigor y que mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, ha sido actualizado para la transposición de la Directiva 2019/770, objeto de estudio, y que en su artículo 14 recoge las medidas o remedios a disposición del consumidor para aquellos supuestos en los que se produzca una falta de conformidad en el contenido o servicio digital suministrado.

Europeo que unifique el Derecho Privado europeo, al respecto, ZIMMERMANN, R. Y OTROS, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, cit., p. 1461.

⁽²⁸⁹⁾ Los principios UNIDROIT, elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, aparecieron en el año 1994 y desde entonces han surgido nuevas ediciones, están fuertemente influenciados por la Convención de Viena de 1980 y por otros Convenios de carácter internacional, al respecto, *vid.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., “Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6 (1), 2014, p. 262.

⁽²⁹⁰⁾ La Directiva 1999/44 ha sido derogada por la Directiva 2019/771, surtiendo efectos desde el 1 de enero de 2022, tal y como dispone esta última en su artículo 23, al respecto, GÓMEZ POMAR, F, “El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 4, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://indret.com/el-nuevo-derecho-europeo-de-la-venta-a-consumidores-una-necrologica-de-la-directiva-1999-44/>.

Mientras que en Italia la Directiva 1999/44 se incorporó al *Codice Civile* para más tarde pasar al *Codice del Consumo*⁽²⁹¹⁾.

La falta de conformidad se configura, de este modo, como un elemento central de la responsabilidad del suministrador, motivo por el que si éste incumple con su obligación y suministra al consumidor un contenido o servicio digital que no es conforme con lo pactado debe responder. Estos remedios no son nuevos ni suponen una innovación en lo que al Derecho de Consumo se refiere, pero si reúnen una serie de particularidades por afectar única y exclusivamente a los contenidos y servicios digitales.

De forma simultánea a la Directiva 2019/770, como ya se ha puesto de manifiesto, se ha promulgado la Directiva 2019/771 que se

⁽²⁹¹⁾ El *Decreto Legislativo 2 febbraio 2002, n. 24* introdujo los artículos 1519 *bis* a 1519 *nonies* en el *CCiv.*, disciplina que actualmente se regula en los artículos 128 a 135 del *C. cons.* Cabe destacar la importancia de la doctrina sobre la interpretación de la Directiva 1999/44, cuya importancia esta fuera de dudas, al respecto, tanto en España como en Italia destacan, DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, cit., pp. 403 y ss.; CALVO, R., "L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita", *Contratto e Impresa*, vol. 2, 2000, pp. 463 y ss.; DELOGU, L., "I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma.", en *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, p. 489.; FADDA, R., "Il contenuto della direttiva 1999/44/CE; una panoramica.", *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, pp. 410 y ss.; CIATTI, A., "L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo", en *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, pp. 433 y ss.; PINNA, A., "I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo.", en *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, pp. 516 y ss.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, vol. I, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.; ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002.

refiere también a los remedios del consumidor en caso de falta de conformidad en los contratos en los que el objeto recae sobre bienes muebles tangibles⁽²⁹²⁾

Así, ante el incumplimiento del suministrador el ordenamiento jurídico pone a disposición del consumidor un conjunto de acciones de protección, medidas correctoras o remedios que se analizarán a continuación.

2. Las medidas correctoras por falta de conformidad en los contenidos y servicios digitales.

Una vez que por parte del empresario se ha cumplido con su obligación de realizar el suministro del contenido o servicio digital adquirido por el consumidor, este último puede encontrarse con que el contenido o servicio digital no es conforme con lo pactado en el contrato por no reunir alguno de los requisitos previstos en los arts. 7, 8 o 9 Directiva 2019/770. En este punto, se pone de manifiesto uno de los preceptos con mayor relevancia de la Directiva 2019/770, el artículo 14, titulado por el legislador europeo como “medidas correctoras por falta de conformidad”. A través de este se logra una armonización de los remedios o medidas correctoras por la falta de conformidad a disposición del consumidor o usuario ante la anomalía cualitativa presente en el contenido o servicio digital suministrado.

Los remedios que el legislador ha puesto a disposición del consumidor o usuario constituyen la denominada «garantía legal» o

⁽²⁹²⁾ Al respecto, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, vol. 9461, 2019 (La Ley 8329/2019), fecha de consulta 4 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

«garantía por falta de conformidad» que es un término más actual que ha venido siendo empleado por la Doctrina ante la confusión generada con la publicación del Libro Verde sobre Garantías⁽²⁹³⁾. Esta garantía, en ocasiones, se complementa con la «garantía comercial adicional»⁽²⁹⁴⁾ que es aquella ofrecida de forma facultativa es ofrecida por un garante, ya sea este el suministrador, el productor o cualquier otro sujeto que ocupe un lugar en la cadena de distribución del producto.

Existen notables diferencias entre ambos tipos de garantía. La garantía por falta de conformidad nace con el contrato, tiene carácter imperativo y es inderogable⁽²⁹⁵⁾. Mientras, la garantía comercial adicional nace de la voluntad del garante, y solamente puede ser

⁽²⁹³⁾ TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1086.

⁽²⁹⁴⁾ También denominada garantía contractual o garantía convencional, vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., “Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa. Comentario a los arts. 125 a 127”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1810.

⁽²⁹⁵⁾ En España el artículo 10 TRLGDCU establece que la renuncia previa a los derechos reconocidos a los consumidores en la propia norma es nula (como es el caso de la garantía por falta de conformidad), siendo también nulos aquellos actos realizados en fraude de ley de acuerdo con el artículo 6 CC. En este sentido, la SAP Murcia, Sección 5ª, Sentencia 228/2007 de 26 Jul. 2007, Rec. 200/2007, se refiere a un “marco jurídico que no puede ser alterado por la voluntad de las partes en perjuicio del consumidor, aun cuando cuente con el conocimiento y consentimiento de éste, dado el carácter imperativo de todas estas disposiciones legales, en las que precisamente la nulidad de toda renuncia a los derechos reconocidos por la ley a favor del consumidor se configura como la espina dorsal del sistema de protección de la que, en principio, es la parte más débil del negocio jurídico.” Además, esto va en consonancia con el artículo 61, apartado 2, del TRLGDCU que dispone que la garantía es exigible por el consumidor o usuario incluso cuando no figure en el contrato celebrado.

invocada por el consumidor si aquel se ha comprometido a hacerse responsable de aquellos defectos que puedan encontrarse en el contenido o servicio suministrado y que no se encuentren cubiertos en la garantía por falta de conformidad⁽²⁹⁶⁾. El objetivo de esta es otorgar al producto un valor añadido dotándolo de prestigio frente al resto de competidores del mercado, ofreciendo unas condiciones más ventajosas a los consumidores⁽²⁹⁷⁾.

La Directiva 2019/770 se refiere a la garantía por falta de conformidad cuyo objetivo es contrarrestar una eventual falta de conformidad que pueda surgir en el contenido o servicio digital suministrado. En consecuencia, se han establecido un conjunto de medidas correctoras o remedios a disposición del consumidor o usuario que puedan lograr una solución a la falta de conformidad⁽²⁹⁸⁾. Los antecedentes se remontan a la Directiva 1999/44⁽²⁹⁹⁾, la cual, a través de su artículo 3, apartado 2, estableció un régimen uniforme en lo que respecta a los remedios a disposición de los consumidores y que se concretaban en la reparación del bien, su sustitución, la rebaja del precio o la resolución del contrato. De esta forma se facultaba al consumidor de un amplio abanico de posibilidades a fin de subsanar la falta de conformidad del bien adquirido. Además, se logró establecer un régimen uniforme en los remedios a disposición del consumidor en España. Hasta ese momento a la compraventa de

⁽²⁹⁶⁾ Para un análisis en profundidad, *vid*, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 123 y ss.

⁽²⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. 123.

⁽²⁹⁸⁾ *Cfr.* artículo 14 Directiva 2019/770.

⁽²⁹⁹⁾ La propuesta que dio lugar a la Directiva 1999/44 no preveía inicialmente una jerarquía de remedios, al respecto, artículo 3, apartado 4, ., “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo COM/95/0520 final - COD 96/0161.”, *cit.*

consumo le resultaba de aplicación diversa normativa. Por un lado, se encontraban las acciones edilicias (acción redhibitoria y la acción estimatoria o *quantum minoris*) previstas en los arts. 1484 y siguientes del CC. A su vez, el artículo 1124 CC facultaba al consumidor para exigir el cumplimiento o bien resolver el contrato. Y, finalmente, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios preveía en su artículo 11, apartado 3, la posibilidad de consumidor de solicitar la reparación y de forma subsidiaria la sustitución o la resolución⁽³⁰⁰⁾. Tales remedios, ahora han sido tomados por la Directiva 2019/770 que ha introducido algunas matizaciones dadas las particularidades que se presentan en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

Así, en aquellos supuestos en los que se produce una falta de conformidad, el consumidor tiene la facultad de exigir al empresario, en primer lugar, que el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad, se trataría del cumplimiento específico. De forma subsidiaria podrá optar, alternativamente, porque se proceda a reducir el precio de forma proporcionada o se resuelva el contrato⁽³⁰¹⁾. Al contrario de lo que ocurría con el CESL donde se daba libertad al consumidor para optar por cualquiera de los remedios disponibles⁽³⁰²⁾,

⁽³⁰⁰⁾ Sobre la cuestión, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, cit., vol. I, p. 157.

⁽³⁰¹⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 1, Directiva 2019/770

⁽³⁰²⁾ El CESL no regulaba los remedios de forma jerárquica omitiendo de esta forma que el empresario pudiera tener una segunda oportunidad, es decir, a través del artículo 106 se otorgaba al consumidor la posibilidad de resolver el contrato o solicitar la reducción del precio directamente, sin necesidad de exigir en primer lugar la reparación o sustitución y permanecer a la espera, sobre la cuestión, *vid.* SHULTE-NÖLKE, H., “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *La revisión de las normas europeas y*

se establece por la Directiva 2019/770 una jerarquía entre los remedios para corregir la falta de conformidad derivada del suministro. La organización jerárquica de los remedios derivados de la falta de conformidad, que como se ha dicho se remonta a la Directiva 1999/44, la cual no logró que todos los estados miembros siguieran este enfoque, puesto que algunos estados otorgaron al consumidor la posibilidad de optar por cualquiera de los remedios⁽³⁰³⁾. El establecimiento de este orden, a juicio de la doctrina mayoritaria, no resulta adecuada para los intereses de los consumidores⁽³⁰⁴⁾, no

nacionales de protección de los consumidores, mas allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011, Pamplona, 2012, pp. 68 y ss.

⁽³⁰³⁾ Al respecto, ALPA, G., “Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell’Unione Europea”, en *Contratto e Impresa*, vol. 35 (3), 2019, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>.

⁽³⁰⁴⁾ Sobre la cuestión, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, *cit.*, p. 27.; MORAIS CARVALHO, J., “Sale of goods and supply of digital content and digital services - overview of directives 2019/770 and 2019/771”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8 (3), 2019, p. 18, fecha de consulta 9 diciembre 2019, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428550.; HOWELLS, G.; WILHELMSSON, T.; TWIGG-FLESNER, C., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London, 2017, p. 186. También se muestran contrarios a la jerarquización de los remedios, decantándose por la libertad del consumidor para escoger remedio, refiriéndose al TRLGDCU, otros autores como, BECH SERRAT, J. M., “Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias”, *cit.*, p. 38. o CILLERO DE CABO, P., “Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *Estudios sobre consumo*, vol. 57, 2001, p. 158. Mientras en Italia, la doctrina mayoritaria, se ha mostrado contraria a la jerarquización de los remedios introducida a través de la Directiva 1999/44, al respecto, *vid.* FADDA, R., “Il contenuto della direttiva 1999/44/CE; una panoramica.”, *cit.*, p. 426.; LUMINOSO, A., “Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE”, *Rivista Diritto Civile*, vol. 47 (6), 2001, p. 849.; MACARIO, F., “Brevi considerazioni sull’attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo”, *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 6 (1), 2001, p. 151.

obstante, es posible encontrar opiniones no tan críticas⁽³⁰⁵⁾. Algunos autores manifiestan que realmente con esta jerarquía se satisface el interés de los suministradores a quien, por ejemplo, le resulta más beneficioso que la opción del consumidor de reducir el precio o resolver el contrato sean subsidiarias⁽³⁰⁶⁾. La crítica, obedece también a que en algunos Estados miembros se ha permitido optar por uno u otro remedio, lo que implícitamente supone un incremento del nivel de protección⁽³⁰⁷⁾. Ahora, con la transposición de la Directiva 2019/770, los consumidores de dichos estados verán cómo se produce una merma de sus derechos, lo que da lugar a la implantación de un régimen sumamente estricto⁽³⁰⁸⁾.

Desde el punto de vista del empresario o suministrador es loable considerar más adecuado el establecimiento de la jerarquía de remedios. Durante la negociación de la Directiva 1999/44 ya se puso de manifiesto que un sistema de remedios no jerárquico podría dar

⁽³⁰⁵⁾ Otros autores, refiriéndose también a la PDCDig estiman que el establecimiento de una jerarquía supone un acierto, en este sentido, *vid.* CASTILLO PARRILLA, J. A., *Bienes digitales. Una necesidad europea*, cit., p. 105.

⁽³⁰⁶⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 122 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1771.

⁽³⁰⁷⁾ En particular, Croacia, Chipre, Grecia, Lituania, Portugal y Eslovenia, otros estados como Reino Unido e Irlanda, optaron por el establecimiento de la jerarquía de los remedios e introdujeron un nuevo remedio consistente en la posibilidad de rechazar el bien en un plazo determinado si la mercancía no es conforme, al respecto, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, Bruselas, 2015, p. 8.

⁽³⁰⁸⁾ Incluso en el CESL se proponía otorgar al consumidor la libertad de elegir el remedio que estimase oportuno en su artículo 106.

lugar a efectos negativos sobre el empresario dado que podrían encontrarse en un escenario en el que los consumidores realizaran un uso irracional de la reducción del precio y de la resolución del contrato⁽³⁰⁹⁾.

La puesta en conformidad como remedio primario supone excluir la posibilidad del consumidor de optar directamente por una reducción del precio o una resolución del contrato, lo que trae consigo una constante reconsideración de las operaciones de venta ya realizadas acompañada de pérdidas parciales de ingresos⁽³¹⁰⁾.

Los remedios previstos por la Directiva 2019/770 son excluyentes entre sí, no pueden ejercerse simultáneamente por parte del consumidor. También son alternativos porque tampoco podrá optar por la resolución del contrato o la reducción del precio si prospera favorablemente el primer remedio en el orden jerárquico. Dicho de otro modo, no cabe que el consumidor solicite al empresario la puesta en conformidad del contenido o servicio digital, y de forma paralela solicite una rebaja del precio o la resolución del contrato. Solamente podrá recurrir a estos dos últimos remedios si no ha tenido éxito con el remedio primario, aunque como se verá, existen circunstancias excepcionales que permiten acudir directamente a los remedios secundarios. Por tanto, no cabe solicitar de forma simultánea la puesta en conformidad y la reducción del precio, la puesta en conformidad y

⁽³⁰⁹⁾ CALVO, R., “L’attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita”, cit., pp. 467 y ss.

⁽³¹⁰⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 121 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1762.

la resolución del contrato o la reducción del precio y la resolución del contrato.

A pesar de ello, no se excluye la posibilidad de que el consumidor reclame una indemnización por daños y perjuicios a consecuencia de una falta de conformidad, una vez que esta ha sido subsanada, o, incluso, si se ha optado por la reducción del precio o la resolución del contrato.

2.1. La puesta en conformidad del contenido o servicio digital como remedio primario.

El consumidor, ante la defectuosa ejecución de la prestación debida por el empresario, dispone de una acción general de cumplimiento consistente en exigir al empresario la puesta en conformidad del contenido o servicio digital suministrado⁽³¹¹⁾, se trata del remedio «primario».

La posibilidad del consumidor de exigir la puesta en conformidad al empresario no revierte un carácter ilimitado o absoluto, toda vez que se han introducido por parte del legislador una serie de excepciones al ejercicio del derecho y que se concretan en que el consumidor carece de la posibilidad de instar la puesta en

⁽³¹¹⁾ La obligación de puesta en conformidad da lugar a una prestación de resultado a cargo de suministrador, al respecto, la SAP Las Palmas, sección 4ª, Sentencia 476/2002, Recurso 548/2002, que dispone que “Esa obligación de reparación óptima y satisfactoria genera una prestación de resultado a cargo de los productores o suministradores, de manera que no se agota ni se cumple con la disposición y actividades desplegadas para el arreglo ni con los intentos de reparación por serios y reiterados que hayan sido, sino que reclama, de conformidad con dicho precepto, la obtención de ese resultado en el sentido de conferir al objeto las condiciones óptimas para su destino, por lo que si éstas no se alcanzan pese a los intentos, la obligación persiste y se extiende hasta el cumplimiento de la opción conferida al consumidor en el precepto citado.”

conformidad cuando resulte imposible para el empresario o le suponga unos costes desproporcionados⁽³¹²⁾.

En este punto, el empresario debe tener en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto, entre las que se encuentran, el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales suministrados si no se hubiera producido una falta de conformidad, así como la relevancia de esta. Por consiguiente, corresponde al empresario la elección de la forma en la que se va a ejecutar la puesta en conformidad los contenidos o servicios digitales suministrados, valorando las características técnicas concretas y específicas del contenido o servicio digital⁽³¹³⁾. Es decir, una vez que el consumidor ejerza su derecho, el empresario tiene una obligación de hacer que consiste en desplegar toda actividad que resulte precisa para la subsanación de la falta de conformidad, obligación que únicamente podrá considerarse cumplida cuando, una vez llevada a cabo, exista conformidad en el contenido o servicio digital⁽³¹⁴⁾.

Resulta llamativo que la Directiva 2019/770, ante una falta de conformidad, no prevé de forma expresa los remedios de la reparación o de la sustitución del contenido o servicio digital suministrado, a diferencia de lo que ocurre en la Directiva 2019/771 que sí lo hace en su artículo 14. Se deduce que el legislador estima que tales opciones solamente son adecuadas para los bienes, idea que ciertamente es

⁽³¹²⁾ La Directiva 2019/770 ha reproducido los mismos límites que ya se plasmaron en la Directiva 1999/44, es decir, la imposibilidad y la desproporcionalidad. En el mismo sentido, se recogido en el artículo 118

⁽³¹³⁾ *Cfr.* considerando 63 Directiva 2019/770.

⁽³¹⁴⁾ La idea de puesta en conformidad se refiere a la interpretación de la Directiva 1999/44 pero resulta igualmente aplicable a la Directiva 2019/770, al respecto, *vid.* DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, cit., p. 193.

discutible⁽³¹⁵⁾. No obstante, tampoco se excluye o limita la posibilidad de optar por dichos remedios, pues es perfectamente factible la posibilidad de que el empresario para poner en conformidad el contenido digital suministrado opte por facilitar al consumidor una actualización del contenido o servicio digital lo que puede equipararse a una reparación o en su caso facilitar una nueva copia de los datos que integran el contenido o servicio digital⁽³¹⁶⁾, dando por hecho que se trata de una cosa genérica pues se trata de datos, solución que en la práctica se corresponde con una sustitución⁽³¹⁷⁾. Un supuesto sería, por ejemplo, una falta de conformidad en una película suministrada en un archivo con formato «MP4» y que impide su correcta reproducción en el dispositivo del consumidor, tal archivo puede ser fácilmente sustituido enviando un nuevo archivo al consumidor, dado que el primero podría haberse dañado en el proceso de transmisión de los datos que lo integran. O el caso de una aplicación que no es conforme con el contrato, pero cuya puesta en conformidad puede realizarse facilitando al consumidor una actualización lo que podría ser equivalente a una reparación. En todo caso, que el legislador hubiera previsto específicamente, dentro de las medidas correctoras por falta de conformidad del artículo 14 Directiva 2019/770, la posibilidad de la sustitución o reparación del contenido o servicio digital no habría

⁽³¹⁵⁾ MORAIS CARVALHO, J., “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais - As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *Revista Electrónica de Direito*, vol. 20 (3), 2019, p. 82.

⁽³¹⁶⁾ La copia en sí misma carece de valor intrínseco una vez ha sido creada pues al tratarse de datos pueden realizarse copias de forma prácticamente ilimitada, por lo que por regla general no debería suponer un inconveniente para el suministrador.

⁽³¹⁷⁾ El remedio de la sustitución es de especial utilidad en las economías basadas en la venta de productos fabricados en serie, por este motivo, nada obsta que en el ámbito de los contenidos digitales tenga tanta o más utilidad pues la copia de este no reviste complicación, es rápida y, por regla general, no tendrá un sobre coste importante para el empresario.

supuesto ningún perjuicio al consumidor. No obstante, la exigencia de la puesta en conformidad sin concretar las medidas también puede valorarse como un acierto pues no limita las opciones del consumidor a reparar o sustituir y deja abiertas otras posibilidades que pueden darse ante la diversidad de contenidos y servicios digitales existentes actualmente y los que puedan surgir en el futuro.

Una vez que el consumidor informe al empresario sobre la falta de conformidad⁽³¹⁸⁾, este último debe poner en conformidad los contenidos o servicios digitales de acuerdo con lo establecido en el artículo 14, apartado 2, Directiva 2019/770. Es decir, la puesta en conformidad se realizará sin que suponga cargo alguno para el consumidor y sin mayores inconvenientes debiendo valorarse la naturaleza de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato y la finalidad que tuvieran estos para el consumidor.

2.1.1. Los límites a la puesta en conformidad.

Las posibilidades del consumidor a la hora de optar por exigir al empresario la puesta en conformidad del contenido o servicio digital no son ilimitadas, sino que se han previsto en la Directiva 2019/770 un conjunto de límites al remedio primario de la puesta en conformidad que encuentran su inspiración en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 1999/44 y que paralelamente se han establecido también en el modelo de la Directiva 2019/771.

Tras establecer el derecho del consumidor o usuario a exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, se añade la salvedad de que será así siempre que no resulte imposible

⁽³¹⁸⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 3, Directiva 2019/770

para el empresario, ya sea de forma jurídica o práctica⁽³¹⁹⁾, o en su caso, tenga unos costes desproporcionados⁽³²⁰⁾. Así, la «posibilidad» y la «proporcionalidad» son presupuestos que deben concurrir para la puesta en conformidad a través del remedio primario⁽³²¹⁾. En caso contrario, el consumidor o usuario se verá abocado a acudir a los remedios secundarios.

La imposibilidad o la desproporción deben ser alegadas por el empresario, recayendo en él la carga de la prueba tras haber valorado todas las circunstancias del caso, entre las que se encuentran la relevancia de la falta de conformidad y el valor que los contenidos y servicios digitales tendrían si la falta de conformidad no se hubiera producido.

Ambos conceptos, imposibilidad y desproporcionalidad, merecen un análisis en profundidad.

a) La imposibilidad.

El consumidor se encuentra privado de exigir la puesta en conformidad del contenido o servicio digital cuando esta resulte imposible. La Directiva 2019/770 no facilita un concepto de imposibilidad, aunque, ciertamente, no parece necesario pues es indudable que entrará en juego cuando el empresario no pueda física,

⁽³¹⁹⁾ El considerando 65 Directiva 2019/770 se refiere a que la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados sea jurídica o prácticamente imposible.

⁽³²⁰⁾ Se reconocen tales circunstancias en el artículo 14, apartado 2, Directiva 2019/770.

⁽³²¹⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *Actualidad Civil*, vol. 12 (1), 2007.

material o legalmente proceder al suministro del contenido o servicio digital de conformidad con el contrato⁽³²²⁾.

La imposibilidad debe ser interpretada en sentido objetivo⁽³²³⁾, a pesar de que la Directiva 2019/770 no se refiere a la misma en tales términos. Se trata de evitar el empleo de criterios subjetivos que puedan ser alegados por el suministrador a fin de no hacer frente a la opción elegida por el consumidor, mientras que, por otra parte, la imposibilidad subjetiva podría encuadrarse en la desproporción de un remedio frente a otro⁽³²⁴⁾. Lo verdaderamente relevante es que la puesta en conformidad no pueda llevarse a cabo en términos objetivos

⁽³²²⁾ Al respecto, refiriéndose a la imposibilidad en los supuestos de reparación o sustitución de bienes, *vid.* JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 317. En el mismo sentido, se pronuncian otros autores al indicar que hay imposibilidad si “la falta de conformidad es irreversible, o la técnica, la ciencia o la ley no permiten lograr la subsanación o que las características del bien de consumo hacen que sea insustituible, o que faltan piezas de recambio o talleres de reparación” *vid.* TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, *cit.*, p. 1093.

⁽³²³⁾ La doctrina es unánime, *v.*, DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, *cit.*, p. 206.; LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 928.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, *cit.*, vol. I, p. 169.; FEBBRAJO, T., “La tutela del consumatore dopo la stipula del contratto: le garanzie nella vendita di beni di consumo”, en FEBBRAJO, T. (ed.) *Manuale di diritto dei consumatori e dei risparmiatori*, Università di Macerata, Macerata, 2017, p. 225.

⁽³²⁴⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 119 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1741.; JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, *cit.*, p. 317.

con independencia del empresario con el que el consumidor ha contratado⁽³²⁵⁾.

Es objetivamente imposible suministrar un contenido o servicio digital si los datos que lo componen han sido destruidos (circunstancia que en la práctica es difícil que ocurra, pero no imposible). Por ejemplo, el supuesto en el que la única copia del vídeo digital se ha destruido sin posibilidad de obtener una nueva copia, o el supuesto en el que por motivos de propiedad intelectual el empresario se ve imposibilitado legalmente para suministrar un libro electrónico.

Nada se prevé en relación con una imposibilidad parcial en aquellos supuestos en los que el suministro se realiza a lo largo de un período de tiempo. Por ejemplo, un suministro realizado a lo largo de un año y que es conforme los primeros meses, pero posteriormente deviene una falta de conformidad imposible de subsanar por el empresario. En estos casos, dado que se ha producido un cumplimiento parcial, debe considerarse al empresario parcialmente exento de su obligación de puesta en conformidad y, obviamente, se referirá únicamente a aquel período en que la falta de conformidad haya sido imposible⁽³²⁶⁾.

b) La desproporcionalidad.

La facultad del consumidor de exigir la puesta en conformidad del contenido o servicio digital suministrado no es posible cuando resulte desproporcionada. Se trata de una limitación que tiene como

⁽³²⁵⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 119 TRLGDCU”, cit., p. 1740.

⁽³²⁶⁾ GSELL, B., “Article 14 Remedies for lack of conformity”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 253.

finalidad evitar que la solución a la falta de conformidad del contenido o servicio digital suministrado no sea razonable para los intereses del empresario⁽³²⁷⁾, partiendo de que tal falta de conformidad no tiene por qué obedecer a una actuación culposa de este, de forma que se introduce por el legislador un elemento de protección del empresario⁽³²⁸⁾, siendo el trasfondo la imposibilidad de que el consumidor pueda causar algún perjuicio a la situación particular del empresario. Así, el empresario no está obligado a la puesta en conformidad si resulta excesivamente onerosa, pues podría traer consigo un coste muy alto que es considerado inadmisibles por el legislador. La desproporción debe analizarse desde el punto de vista económico del empresario⁽³²⁹⁾, hallándose aquí la causa de que tal posibilidad no entrará en juego si la puesta en conformidad es excesiva e irracionalmente costosa para el empresario⁽³³⁰⁾ o, dicho de otro

⁽³²⁷⁾ La desproporción trata de evitar un ejercicio abusivo del derecho por parte del consumidor, al respecto, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 119 TRLGDCU”, cit., p. 1743.

⁽³²⁸⁾ AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, en GARCÍA GARCÍA, L. M. y DE LEÓN ARCE, A. (ed.) *Derecho de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1688 y ss.

⁽³²⁹⁾ En este sentido, la SAP Barcelona, n. 268/2020 de 8 de junio, sección 13ª, recurso 217/2019, en la que el consumidor solicita la sustitución de un vehículo nuevo adquirido por 19.500€ y subsidiariamente la resolución del contrato de compraventa dado que presenta un fallo de *software* (se activa la luz de aviso de avería de motor a pesar de que realmente no existe avería alguna). Hasta el momento de presentación de la demanda no ha sido posible repararlo. El recurso es desestimado, se trata de una falta de conformidad que no es relevante, y es posible la reparación con una actualización del software pendiente de confeccionar por el fabricante. Además, la sustitución por un vehículo nuevo sería desproporcionada puesto que el vendedor ha dado una solución provisional “muy sencilla” para que el fallo no se produjese (desactivar la función *start-stop*) hasta que esté disponible la actualización del software.

⁽³³⁰⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 119 TRLGDCU”, cit., p. 1743.

modo, el coste de la puesta en conformidad es más elevado que el beneficio que recibe el consumidor⁽³³¹⁾.

Con la Directiva 2019/770, al contrario de lo ocurrido con la Directiva 1999/44, no puede plantearse la problemática con respecto a si la desproporción debe ser evaluada comparando entre remedios primarios (desproporción relativa), o, en su caso, si debe evaluarse sin comparar con la otra forma primaria de saneamiento (desproporción absoluta)⁽³³²⁾. La cuestión zanjada, finalmente, por la STJUE de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados C65-09 y C87-09, se inclinó por ejecutar un juicio de proporcionalidad comparando el coste las dos posibilidades disponibles (reparación o sustitución)⁽³³³⁾. Sin embargo, esta cuestión no tiene cabida en la Directiva 2019/770, solo existe un remedio primario, no se prevén para el consumidor, como primera opción, distintos remedios de la misma jerarquía, solamente es posible exigir la puesta en conformidad sin que se concrete la forma de hacerlo. Así, la potestad para exigir la puesta en conformidad del contenido o servicio digital suministrado recae sobre el consumidor, pero será el empresario el que elija la forma en que se ejecuta⁽³³⁴⁾.

La valoración de la proporcionalidad debe versar sobre el coste que acarrearán todas las posibilidades que tenga el empresario a su

⁽³³¹⁾ LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, cit., p. 928.

⁽³³²⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 119 TRLGDCU”, cit., p. 1743.

⁽³³³⁾ STJUE de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados C65-09 y C87-09, Gebr. Weber GmbH contra Jürgen Wittmer y Ingrid Putz contra Medianess Electronics GmbH, para un análisis en detalle de la misma, v., GARCÍA RUBIO, M. P., “Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)”, en *Anuario Derecho Civil*, vol. LXVI (I), BOE, Madrid, 2013.

⁽³³⁴⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., pp. 57 y ss.

alcance para poner la conformidad el contenido o servicio digital suministrado. Corresponde al empresario decidir si resulta aplicable o si por el contrario comunica al consumidor que no es posible la puesta en conformidad por desproporcionalidad. Por ejemplo, el coste de elaborar una actualización del contenido digital o el coste de enviar una nueva copia en soporte material, entre otras, que pueden ser diversas a la vista de los múltiples tipos de contenidos y servicios digitales existentes en el mercado.

No obstante, a la hora de llevar a cabo el análisis de la desproporcionalidad, deben tenerse en consideración no sólo las distintas posibilidades dentro del remedio primario, sino que también deben valorarse los remedios secundarios⁽³³⁵⁾. Lo que enlaza con el hecho de que una de las medidas sea económicamente más gravosa que la otra, no implica necesariamente que exista desproporción, por esta razón, es preciso que el coste del remedio no sea razonable⁽³³⁶⁾.

Además, se proporcionan el conjunto de parámetros a considerar para realizar la evaluación de la desproporción⁽³³⁷⁾. El suministrador deberá tener en consideración todas las circunstancias que rodeen al caso concreto, especialmente, la relevancia de la falta de conformidad y el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad.

⁽³³⁵⁾ DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, cit., p. 207.; en el mismo sentido, ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, cit., p. 173.

⁽³³⁶⁾ CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005.

⁽³³⁷⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 2, Directiva 2019/770.

Por lo que respecta a la relevancia de la falta de conformidad debe considerarse que, si esta reviste carácter grave, el consumidor está facultado para acudir inmediatamente a los remedios secundarios⁽³³⁸⁾ consistentes en la reducción del precio o resolución del contrato. Al respecto, como ejemplo de falta de conformidad de carácter grave se considera aquel supuesto en el que el consumidor adquiere un *software* antivirus que se encuentra infectado por un virus⁽³³⁹⁾.

Por todo ello, resulta preciso para el empresario analizar y estudiar las distintas posibilidades de las que dispone para la puesta en conformidad del contenido o servicio digital con el objetivo de obtener una o varias soluciones y escoger la que le resulte más satisfactoria para el fin pretendido.

2.1.2. Modo de ejecución de la puesta en conformidad.

La ejecución del remedio primario se encuentra sujeto a un conjunto de pautas que el empresario ha de observar. Estas se encuentran delimitadas en el artículo 14, apartado 3, Directiva 2019/770 que establece que la puesta en conformidad de los contenidos y servicios digitales conforme a lo previsto en el apartado 2 del mismo artículo debe realizarse por el empresario “en un período razonable de tiempo a partir del momento en que el consumidor haya informado al empresario sobre la falta de conformidad, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran los contenidos o servicios digitales para el

⁽³³⁸⁾ Cfr. artículo 14, apartado 4, letra d), Directiva 2019/770.

⁽³³⁹⁾ Cfr. considerando 65 Directiva 2019/770.

consumidor.” Es necesario entrar a valorar los distintos criterios empleados por la Directiva 2019/770.

a) La gratuidad.

La puesta en conformidad por parte del empresario debe ejecutarse sin que el consumidor incurra en cargo alguno⁽³⁴⁰⁾. De este modo, la gratuidad se erige como una característica esencial que debe concurrir ante cualquier exigencia del consumidor de puesta en conformidad de acuerdo con el remedio primario⁽³⁴¹⁾. Se trata de un requisito cuyo trasfondo trata de evitar que el consumidor se vea disuadido reclamar al empresario ante el temor de sufrir una reclamación por parte del empresario⁽³⁴²⁾.

Cabe precisar que aquellos gastos por los que el consumidor no debe asumir cargo alguno se refieren únicamente a aquellos que resulten estrictamente necesarios para la puesta en conformidad del contenido o servicio digital, con independencia de cuál sea la

⁽³⁴⁰⁾ Artículo 14, apartado 3, Directiva 2019/770, artículo 118, apartado 4, letra a) TRLGDCU.

⁽³⁴¹⁾ Se continúa con la línea fijada por la Directiva 1999/44 en la que se introdujo por primera vez el derecho del consumidor a la puesta en conformidad sin cargo alguno y que se encuentra recogido en España en el artículo 120, letra a), TRLGDCU y en el artículo 130, apartado 2, *C. cons.*, ambos artículos referidos a la reparación y sustitución del bien.

⁽³⁴²⁾ GSELL, B., “Article 14 Remedies for lack of conformity”, cit., p. 250.

cuantía⁽³⁴³⁾ y resulta solamente aplicable a aquellos defectos que tengan carácter preexistente u originario⁽³⁴⁴⁾.

La Directiva 2019/770 no ha incluido una enumeración de posibles gastos, a diferencia de lo que sí hizo la Directiva 1999/44. Esta última contiene un pequeño listado en su artículo 3, apartado 4, que se corresponde con lo posteriormente también ha recogido en el artículo 2, apartado 14, Directiva 2019/771, en el que se incluyen los gastos de envío, los costes relacionados con la mano de obra y los materiales⁽³⁴⁵⁾. Este listado es meramente indicativo y no tiene espíritu de exhaustividad, tal y como se precisó con la STJCE de 17 de abril de 2008, asunto C-404/06, *Quelle AG*⁽³⁴⁶⁾. Mientras que, en la Directiva 2019/770 al no haberse fijado un listado, parece que el carácter gratuito de la puesta en conformidad debe referirse a todo

⁽³⁴³⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 120 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1747.

⁽³⁴⁴⁾ AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, cit., p. 1693.

⁽³⁴⁵⁾ En el ámbito digital dependería de la forma de suministro, si se lleva a cabo a través de un soporte material sí que podría tenerse en consideración la cuestión de los gastos de envío. Respecto a los gastos de materiales no sería una cuestión que valorar si el suministro se lleva a cabo *online*.

⁽³⁴⁶⁾ La STJCE de 17 de abril de 2008, asunto C-404/06, *Quelle AG* contra Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, estableció que “en cuanto a la expresión «sin cargo alguno», viene definida en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva en el sentido de que designa «los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales». De la utilización por el legislador comunitario del adverbio «especialmente» resulta que dicha enumeración presenta un carácter indicativo y no exhaustivo.”

gasto que esté relacionado con la misma⁽³⁴⁷⁾. Por todo ello, cualquier gasto que se origine y resulte preciso para la subsanación de la falta de conformidad será abonado por el empresario, entre los que también se incluirían los gastos de desplazamiento del encargado de llevar a cabo la puesta en conformidad⁽³⁴⁸⁾. Por ejemplo, el supuesto del consumidor que adquiere un programa informático que resulta no ser conforme siendo necesario que un técnico especialista se desplace a su domicilio para ponerlo en conformidad. Además, dada la particularidad de los contenidos y servicios digitales se recoge expresamente, que el consumidor tampoco podrá incurrir en gasto alguno por el desarrollo de una actualización de los contenidos o servicios digitales⁽³⁴⁹⁾.

En lo que respecta a aquellos gastos que tengan su origen en la desinstalación del contenido o servicio digital suministrado y la posterior reintegración del nuevo, es plenamente aplicable la doctrina establecida por la STJUE de 16 de junio de 2011 asuntos acumulados C65-09 y C87-09, *Gebr. Weber GmbH* contra *Jürgen Wittmer y Ingrid Putz* contra *Medianess Electronics GmbH*⁽³⁵⁰⁾, con los matices que

⁽³⁴⁷⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 56.

⁽³⁴⁸⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 120 TRLGDCU”, cit., p. 1748.

⁽³⁴⁹⁾ *Cfr.* considerando 64 Directiva 2019/770.

⁽³⁵⁰⁾ STJUE de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados C65-09 y C87-09, *Gebr. Weber GmbH* contra *Jürgen Wittmer y Ingrid Putz* contra *Medianess Electronics GmbH*, aunque no se refiere específicamente a contenidos y servicios digitales puede encajarse perfectamente en lo dispuesto para ellos en la Directiva 2019/770. En ella se declara: “El artículo 3, apartados 2 y 3, de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un bien de consumo no conforme que, antes de que se manifestara el defecto, hubiera instalado, de buena fe, el consumidor conforme a su naturaleza y a su finalidad, es puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos

correspondan al suministro digital⁽³⁵¹⁾. También, continuará siendo aplicable la doctrina de la STJUE de 23 de mayo de 2019 asunto C-52/2018, *Christian Füllä* contra *Toolport GmbH*, conforme a la cual el empresario no estará obligado a abonar por adelantado al consumidor los gastos de transporte del soporte material que contenga el contenido o servicio digital, a los efectos de su puesta en conformidad, al domicilio del empresario salvo que suponga una carga de tal entidad que pueda disuadir al consumidor de hacer valer su derecho⁽³⁵²⁾.

necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución. Dicha obligación del vendedor existe independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, éste se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente. El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a negarse a sustituir un bien no conforme, única forma de saneamiento posible, debido a que, a causa de la obligación de retirar ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y de instalar en él el bien de sustitución, le impone costes desproporcionados en comparación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme. No obstante, dicha disposición no se opone a que, en tal caso, el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite a la asunción, por el vendedor, de una cantidad proporcionada.”

⁽³⁵¹⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 56.

⁽³⁵²⁾ STJUE de 23 de mayo de 2019, asunto C-52/2018, *Christian Füllä* contra *Toolport GmbH*, Sala Primera con respecto a la interpretación del artículo 3, apartados 2 a 4, de la Directiva 1999/44 que dice que: “el derecho de los consumidores a la subsanación «sin cargo alguno» de faltas de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia no comprende la obligación de los vendedores de pagarles por anticipado a esos consumidores los gastos del transporte de dichos bienes, efectuado al objeto de su subsanación, a los domicilios sociales respectivos de los vendedores, a menos que el que el pago anticipado de dichos gastos por los consumidores constituya una carga tal que pueda disuadirlos de hacer valer sus derechos, extremo que corresponde comprobar a los tribunales nacionales”.

En cualquier caso, si con motivo de la puesta en conformidad se generan gastos que son asumidos por el consumidor, este tendrá derecho a exigir al empresario el reembolso de estos⁽³⁵³⁾.

La gratuidad de la puesta en conformidad no necesariamente implica indemnidad económica para el consumidor⁽³⁵⁴⁾. La Directiva 2019/770 establece que el empresario pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad sin cargo alguno para el consumidor pero cabe la posibilidad de que, consecuencia de la falta de conformidad, este tenga que soportar una serie de gastos que no alcanzan la gratuidad prevista por la directiva por no tratarse de actividades precisas para la puesta en conformidad. Estos serían daños ocasionados al consumidor que podrá reclamar mediante la correspondiente acción de indemnización de daños y perjuicios. A modo de ejemplo, un consumidor que adquiere una aplicación de navegación GPS para realizar un determinado viaje, produciéndose una falta de conformidad porque los mapas para el trayecto a realizar no son accesibles al momento de iniciar este, viéndose obligado el consumidor a adquirir una nueva aplicación para tal viaje, pagando un nuevo precio, el cual podrá reclamar al empresario causante de la falta de conformidad.

En conclusión, la justificación del precepto es clara, el consumidor tiene reconocido un derecho a recibir el contenido o servicio digital de conformidad con lo pactado, es caso contrario responde el empresario que será quien tenga que hacer frente a los costes para la puesta en conformidad, así como de los daños y

⁽³⁵³⁾ LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, cit., p. 931.

⁽³⁵⁴⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 120 TRLGDCU”, cit., p. 1748.

perjuicios que eventualmente puedan producirse⁽³⁵⁵⁾. En el mismo sentido deben resolverse aquellos supuestos en los que el consumidor se ha limitado a facilitar datos personales como forma de pago, lo que evidentemente al referirse a la puesta en conformidad sin cargo alguno, el consumidor no podrá ser requerido por el empresario para facilitar datos adicionales que excedan de los requeridos para el suministro del contenido o servicio digital.

b) El plazo razonable.

El empresario debe poner en conformidad el contenido o servicio digital suministrado en un plazo razonable a partir del mismo momento en que el consumidor le ha informado de la existencia de la falta de conformidad⁽³⁵⁶⁾.

La Directiva 2019/770 ha evitado fijar un plazo concreto en el que el empresario deba poner en conformidad el contenido o servicio digital suministrado⁽³⁵⁷⁾, de forma que se ha continuado con el criterio

⁽³⁵⁵⁾ La responsabilidad del empresario por los daños y perjuicios que cause al consumidor se configura como un elemento esencial en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tal y como establece el considerando 73 Directiva 2019/770.

⁽³⁵⁶⁾ Así se recoge en el artículo 14, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽³⁵⁷⁾ Al contrario de lo que ha ocurrido con la Directiva 2019/771 donde se refiere a «plazos fijos» en el considerando 55 que dice “Con objeto de proteger a los consumidores contra el riesgo de largas demoras, toda reparación o sustitución debe llevarse a cabo satisfactoriamente dentro de un plazo razonable. Lo que se considere un plazo razonable para efectuar una reparación o sustitución debe corresponder al plazo más breve posible necesario para llevar a cabo dicha reparación o sustitución. Este plazo debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o la sustitución. Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben poder interpretar el concepto de plazo razonable para llevar a cabo una reparación o sustitución estableciendo plazos

establecido en la Directiva 1999/44 para la reparación y sustitución de bienes⁽³⁵⁸⁾. El legislador ha justificado la decisión en que no resulta conveniente el establecimiento de plazos fijos para el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio derechos relativos a los contenidos o servicios digitales dado que, ante la diversidad de estos, y según cada caso podría ocurrir que hubiera plazos demasiado cortos o largos⁽³⁵⁹⁾. Por ello, se ha optado por la fórmula de que los contenidos o servicios digitales suministrados deben ponerse en conformidad dentro de un período de tiempo razonable.

El concepto de razonable, utilizado de forma reiterada a lo largo de la Directiva 2019/770, se presenta como un concepto problemático⁽³⁶⁰⁾. El legislador a fin de paliar los problemas que se plantean de la interpretación del concepto ha tratado de ofrecer una solución facilitando que debe interpretarse por el concepto de razonabilidad a efectos de la Directiva 2019/770⁽³⁶¹⁾. El criterio de razonabilidad supone valorar aquello que una persona pueda razonablemente esperar del contenido o servicio digital que adquiere,

fijos que normalmente podrían considerarse razonables para la reparación o sustitución, concretamente para determinadas categorías de productos.”

⁽³⁵⁸⁾ El artículo 3 de la Directiva 1999/44 recoge que la puesta en conformidad debe llevarse a cabo en un plazo razonable, en el mismo sentido también se ha previsto en la Directiva 2019/771 que deroga la anterior.

⁽³⁵⁹⁾ *Cfr.* considerando 64 Directiva 2019/770.

⁽³⁶⁰⁾ Señala que los instrumentos armonizadores europeos están utilizando con cierto abuso el estándar de lo razonable, siendo aplicados en determinadas ocasiones de forma innecesaria e imprecisa, sobre esta cuestión, TORRELLES TORREA, E., “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C. E. (eds.) *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 193.

⁽³⁶¹⁾ De forma habitual, el concepto de razonabilidad es mezclado, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, con otros conceptos como el de la buena fe, la proporcionalidad, la diligencia, la confianza, el abuso del derecho o la equidad, al respecto, *vid.* PERLINGIERI, G., *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 23.

debiendo determinarse de forma objetiva y teniendo en consideración la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios adquiridos, así como, las circunstancias particulares del caso y los usos y prácticas de los intervinientes⁽³⁶²⁾.

De modo que el concepto de razonabilidad puede estructurarse en dos bloques diferenciados⁽³⁶³⁾. El primero, se refiere al comportamiento que ha de observar el suministrador para la puesta en conformidad del contenido o servicio digital suministrado siendo dos los criterios a seguir, el plazo razonable y que se realice sin mayores inconvenientes para el consumidor. El segundo bloque se refiere a aquello que debe esperar y soportar el consumidor de acuerdo con la naturaleza y finalidad de los contenidos o servicios digitales no conformes y por otro lado al análisis de las circunstancias específicas de cada caso.

La fijación del plazo razonable para la puesta en conformidad puede resultar sencilla en los supuestos en los que lo que se han suministrado contenidos y servicios digitales simples o básicos, pero resultará sumamente compleja cuando se trate de contenidos o servicios digitales sofisticados y avanzados. Por ello, será preciso tener en consideración la finalidad para la que el consumidor adquirió el contenido o servicio debiendo valorarse sus circunstancias personales, económicas, familiares, etc., a mayores si el consumidor

⁽³⁶²⁾ Cfr. considerando 46 Directiva 2019/770.

⁽³⁶³⁾ Sobre la cuestión, aunque analizando el concepto desde la perspectiva de la reparación y sustitución de bienes, *vid.* JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, cit., p. 337.

ha informado al suministrador de los perjuicios que podría ocasionar el retraso en la entrega conforme a lo pactado⁽³⁶⁴⁾.

Esto supone que la determinación de lo que se considera un plazo razonable para la subsanación de la falta de conformidad del contenido o servicio digital debe realizarse de forma objetiva considerando y valorando la naturaleza de la falta de conformidad. Sin embargo, la cuestión no queda resuelta con tal explicación, sino que se añade más incertidumbre si cabe. No debe olvidarse que la cuestión se refiere a plazos, pero estos no se encuentran fijados. El motivo alegado por el legislador de que los plazos pueden ser demasiado largos o breves no parece la solución más adecuada si se pretende una mayor protección para el consumidor, posiblemente resultaría preferible establecer un plazo certero para todos los contenidos y servicios digitales, so pena de que sean excesivamente largos para algunos tipos de ellos y a cambio obtener un alto grado de seguridad jurídica para el consumidor. La configuración actual supone un germen de inseguridad jurídica, no cabe duda de que como consecuencia de esta política legislativa se darán supuestos en los que aquello que es razonable para el suministrador no lo será para el consumidor, lo que obligará a este a adoptar medidas, ya sean de carácter judicial o extrajudicial con el coste económico y de tiempo que ello puede suponer.

La Directiva 2019/770 se refiere además a los usos y prácticas de los intervinientes, sin embargo, dichos usos y prácticas pueden ser distintos en función del estado miembro. El concepto de razonable, entendido como aquello adecuado, proporcionado o no exagerado,

⁽³⁶⁴⁾ AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, cit., p. 1695.

supone que aquello a lo que se refiere no tiene que ser igual en cada estado, pues se trata de un concepto que puede verse influenciado por la costumbre o circunstancias particulares de un determinado territorio. Es decir, lo que puede considerarse un plazo razonable en España⁽³⁶⁵⁾, tal vez no lo sea en Alemania o Finlandia que probablemente sean más o menos estrictos.

Por otro lado, nada impide que las partes intervinientes acuerden un plazo determinado para la puesta en conformidad⁽³⁶⁶⁾. Sin embargo, en la práctica se antoja complicado que el consumidor pueda lograr un acuerdo con los grandes suministradores de contenidos y servicios digitales.

En lo que respecta al cómputo del plazo no se plantean dudas, queda claro que se computa desde el momento en que el consumidor comunica al empresario la falta de conformidad.

Aunque lo adecuado sería una tipificación de los plazos, como propuesta de *lege ferenda*, una solución podría ser el establecimiento de tres grandes de grupos de contenidos y servicios digitales con un plazo fijo para cada uno de ellos. En el primero se encontraría aquellos contenidos o servicios digitales que son suministrados para ser disfrutados de forma inmediata. En el segundo se incardinarían aquellos contenidos o servicios digitales que se desarrollen con las

⁽³⁶⁵⁾ En este sentido, la SAP de Pontevedra 21/2012 de 23 de enero considera razonable un plazo de quince días de preaviso para la resolución unilateral de un contrato de transporte de duración indeterminada. Esta sentencia recurre al artículo 1:302 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, “lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal», para lo que habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.”

⁽³⁶⁶⁾ *Cfr.* considerando 64 Directiva 2019/770.

especificaciones propuestas por el consumidor. Mientras que en el tercero se referiría a aquellos contenidos o servicios digitales que pueden ser catalogados como complejos y que por sus características no pueden ser suministrados de forma inmediata tras la celebración del contrato.

c) Sin mayores inconvenientes.

El empresario debe poner en conformidad los contenidos o servicios digitales suministrados sin mayores inconvenientes para el consumidor⁽³⁶⁷⁾. Esta expresión, que encuentra su origen en la normativa de los países escandinavos⁽³⁶⁸⁾, ya se empleó por el legislador europeo en la Directiva 1999/44 y también se ha plasmado en la Directiva 2019/771⁽³⁶⁹⁾.

La delimitación del concepto «sin mayores inconvenientes» no es sencilla, lo que ha dado lugar a que se presenten distintas posiciones interpretativas. Por un lado, una visión restrictiva delimita los mayores inconvenientes a aquellas cuestiones que no afecten a la conformidad pero que si causan molestias al consumidor en el procedimiento de

⁽³⁶⁷⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, letra e), Directiva 2019/770.

⁽³⁶⁸⁾ Al respecto, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 120 TRLGDCU”, cit., p. 1751. Este señala, con referencia a SCHWÄRTZE, que la expresión proviene de Dinamarca y su artículo 79 de la Ley de compraventa de bienes de 1980 que permite al consumidor optar por solicitar la resolución del contrato o la rebaja del precio si el vendedor no ha reparado o sustituido el bien en un plazo razonable, sin coste alguno y sin «notables desventajas» para el consumidor. También alude a Suecia que en 1999 promulgó la Ley de compraventa de bienes de consumo que, en su artículo 27, establecía que el vendedor debe llevar a cabo la reparación o la sustitución dentro de un periodo de tiempo razonable tras la reclamación, sin coste y sin que suponga al comprador un «gran inconveniente».

⁽³⁶⁹⁾ Así se recoge en el artículo 13, apartado 2, letra c), artículo 13, apartado 4, letra d) o artículo 14, apartado 1, letra c), todos ellos de la Directiva 2019/771.

ejecución de la puesta en conformidad⁽³⁷⁰⁾. Efectivamente, el precepto señala que los inconvenientes han de revestir un carácter significativo, se deduce entonces que el consumidor está obligado a soportar los inconvenientes que sean menores o que no ostenten la condición de significativos. Dicha situación le imposibilitaría acudir a los remedios secundarios siempre que el contenido o servicio digital sea conforme, es decir, si a pesar de esos inconvenientes menores (molestias, incomodidades, trastornos, etc.) el empresario logra que el contenido o servicio digital sea conforme⁽³⁷¹⁾. Así, debe tener especial relevancia, a la hora de dictaminar en que grado de perturbación se sitúa el inconveniente causado, la naturaleza del contenido o servicio digital suministrado y el propósito para el cual el consumidor o usuario ha solicitado ese contenido o servicio. Evidentemente, si a consecuencia de esos inconvenientes menores o no significativos el contenido o servicio digital suministrado continua sin ser conforme con el contrato, *ex* artículo 14, apartado 4, letras b), c) y e), Directiva 2019/770, el consumidor podrá auxiliarse de los remedios secundarios, situación que se identifica con la posición que defiende

⁽³⁷⁰⁾ FOLLIERI, L., “I remedi per la consegna di un bene non conforme”, en VETTORI, G. (ed.) *Codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007, p. 1240.

⁽³⁷¹⁾ Sobre esta cuestión, la STJE de 23 de mayo de 2019, asunto C-52/18 Christian Füllä contra Toolport GmbH, recogió en sus párrafo 40 que “el lugar en que los bienes deben ponerse a disposición de los vendedores para la subsanación de la falta de conformidad no pueda ser elegido de manera que suponga para los consumidores, no ya un inconveniente cualquiera (dado que esa puesta a disposición requiere normalmente por parte de los consumidores una determinada inversión en términos de tiempo y esfuerzos relacionados con el empaquetado y el envío de los bienes), sino un inconveniente mayor, entiendo por tal, como ha señalado el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, que la carga sea tal que pueda disuadir a los consumidores medios de hacer valer sus derechos”, y añadió en el párrafo 41 que es necesario “establecer un equilibrio justo entre los intereses de los consumidores y los de los vendedores, garantizando a los primeros, como partes débiles del contrato, una protección completa y eficaz contra el incumplimiento por parte de los segundos de sus obligaciones contractuales.”

una noción amplia. Esta posición incluye todas aquellas imprecisiones, distintas del mero retraso en la ejecución, que hacen que la conformidad no se alcance tras la ejecución del remedio primario. Al respecto, la doctrina más autorizada señala que, circunstancialmente, la alusión a sin mayores inconvenientes debe entenderse como toda irregularidad o frustración de cualquier clase, distinta del retraso en la ejecución, que tenga su origen en la subsanación fallida de la falta de conformidad denunciada por el consumidor⁽³⁷²⁾. La consecuencia directa es que el consumidor estará facultado para exigir al empresario, la aplicación de forma inmediata de cualquiera de los remedios secundarios a su disposición, o, si así lo estima, volver a solicitar la puesta en conformidad conforme al remedio primario⁽³⁷³⁾.

- d) La puesta en conformidad fuera de un plazo razonable o con mayores inconvenientes.

Con carácter previo a que el consumidor opte por solicitar al empresario la puesta en conformidad de los contenidos o servicios

⁽³⁷²⁾ AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, cit., pp. 1695 y ss.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, cit., vol. I, p. 174.; SÁNCHEZ CALERO, F. J., “La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)”, en AGUIRRE ZAMORA, P. (ed.) *La compraventa, ley de garantías*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, p. 85. CUFFARO, V.; BARBA, A.; BARENGHI, A., *Codice del consumo*, 2, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 605.

⁽³⁷³⁾ ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, cit., p. 176.

digitales suministrados con arreglo a los remedios secundarios, este último aún puede proceder a la puesta en conformidad, aunque para ello requiera de un plazo no razonable o causando mayores inconvenientes al consumidor. Esta situación, solo podrá dar lugar a una indemnización por los daños ocasionados conforme a la normativa interna del Estado miembro⁽³⁷⁴⁾.

2.2. La reducción del precio y la resolución del contrato como remedios secundarios.

La puesta en conformidad del contenido o servicio digital suministrado por parte del empresario supone la modalidad de cumplimiento preferente para el legislador, situándose ahí la causa que ha dado lugar a la jerarquización de los remedios y lo ha situado como el remedio primario. La puesta en conformidad se configura como una opción de saneamiento que permite al consumidor satisfacer el interés pretendido al solicitar el suministro del contenido o servicio digital y al empresario evitar la pérdida de una operación ya realizada. Pese a ello, no en todos los supuestos se solucionará la falta de conformidad a través del remedio primario, razón por la que la Directiva 2019/770 ofrece al consumidor, en segundo término, la oportunidad de optar por los remedios secundarios o subsidiarios consistentes en la reducción del precio o en la resolución del contrato, y a los que algún sector de la doctrina se ha referido como remedios “*di chiusura*”⁽³⁷⁵⁾.

⁽³⁷⁴⁾ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3., apartado 10, de la Directiva 2019/770, en este sentido, se manifiesta, JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, cit., p. 346.

⁽³⁷⁵⁾ DI MAIO, A., “Il sistema dei rimeri: risoluzione del contratto, riduzione del prezzo e pretesa risarcitoria”, en AA. VV. (ed.) *L’attuazione della Direttiva 99/44/Ce in Italia e in Europa. La tutela dell’acquirente di beni di consumo. Atti del*

En todo caso, son dos las premisas que deben fijarse como punto de partida, por un lado, la reducción del precio debe interpretarse como un reequilibrio de las prestaciones acordadas entre consumidor y suministrador, por otro lado, la resolución del contrato no supone una puesta en conformidad⁽³⁷⁶⁾.

Asimismo, cabe señalar que la Directiva 2019/770 no recoge ninguna disposición expresa con relación a si los remedios secundarios son excluyentes entre sí, es decir, sobre si cabe solicitar la reducción del precio si fracasa el intento de resolver el contrato o viceversa. Es decir, no se ofrece una solución a aquellos supuestos en los que el consumidor tras no lograr la conformidad con el remedio primario, y solicita al empresario judicialmente la resolución del contrato, pero no se dan los requisitos, si puede optar por solicitar la reducción del precio o si por el contrario ha perdido su derecho. La doctrina se ha mostrado dividida a la hora de dilucidar si el consumidor debe tener derecho a optar por el otro remedio secundario⁽³⁷⁷⁾, discusión que se

Convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabuchi., Cedam, Padova, 2002, p. 90.

⁽³⁷⁶⁾ DÍAZ ALABART, S., “Dos cuestiones en torno a la protección del consumidor en la compraventa de productos de consumo: la garantía del producto sustituto y la del producto que se obsequia con la compra de otro”, *Aranzadi Civil*, vol. 2, 2008, pp. 2361 y ss.

⁽³⁷⁷⁾ Para algunos autores parece que aplicar la doctrina del TJUE es lo razonable, al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., pp. 59 y ss. Aunque el fallo de dicha sentencia ha sido objeto de crítica por gran parte de la Doctrina que argumenta que contradice el principio dispositivo que se encuentra consagrado en el derecho procesal en un supuesto en el que el interés público no se ve afectado. Además, la interpretación del artículo 400 LEC de la que parte el TJUE es errónea, que no se ejercite la pretensión subsidiaria no se sanciona con la preclusión de la acción en un ulterior procedimiento, solo precluyen los hechos o los fundamentos de derecho, no existe una obligación de acumular las distintas pretensiones que el actor pueda tener frente al demandado, sobre la cuestión, CARRASCO PERERA, A., “Consumidor que reclama judicialmente

ha construido en torno pronunciamiento de la STJUE de 3 de octubre de 2013, caso Soledad Duarte Hueros contra Autociba, S.A. y Citroën España, S.A.⁽³⁷⁸⁾. Si bien, dicho pronunciamiento debe resultar

únicamente la resolución del contrato de compraventa de un bien y posibilidad judicial de conceder una reducción adecuada del precio”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, pp. 2 y ss, fecha de consulta 5 marzo 2020, en <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/compraventas/12.pdf>; la sentencia parece que trata de introducir la derogación del principio dispositivo dado que en la LEC no se faculta al juez para otorgar una tutela que ninguna de las partes le haya solicitado, *vid.* ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda”, *La Ley Unión Europea*, vol. 11, 2014, pp. 32 y ss. El mantenimiento de esta doctrina debería suponer que el juez, antes de entrar en la cuestión, de audiencia al consumidor para que se manifieste, en este sentido, CORDÓN MORENO, F., “La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 8, 2013, p. 495.

⁽³⁷⁸⁾ STJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C32-12, Soledad Duarte Hueros contra Autociba, S.A., y Automóviles Citroën España, S.A. Los hechos tienen su origen en el año 2004 cuando la actora, Doña Soledad Duarte Hueros compró un vehículo descapotable marca Citroën a Autociba, S.A. Una vez entregado el vehículo, la actora se vio obligada a acudir al taller en varias ocasiones dado que se filtraba agua por el techo del vehículo. Se realizaron diversas reparaciones que no lograron solucionar el problema. La demandante con carácter previo a la interposición de la demanda solicitó la sustitución del vehículo a lo que la empresa no accedió. Posteriormente, en el año 2011 se presentó la demanda contra el vendedor y el fabricante solicitando la resolución del contrato y la consiguiente devolución del precio pagado. El juez estimaba que la resolución del contrato no era procedente porque el defecto era de escasa importancia, por lo que solamente debía exigir la rebaja del precio, cosa que no hizo en la demanda y que de continuar adelante el procedimiento le impediría solicitarla *a posteriori* por ser cosa juzgada. Por este motivo, se plantea por el juez la siguiente cuestión prejudicial en relación a la interpretación de la Directiva 1999/44: “Si un consumidor, tras no obtener la puesta en conformidad del bien –porque, pese a pedirla de forma reiterada, la reparación no ha sido llevada a cabo–, reclama judicialmente con carácter exclusivo la resolución del contrato y tal resolución no es procedente por estarse ante una falta de conformidad de escasa importancia, ¿puede el Tribunal reconocer de oficio al consumidor una reducción adecuada del precio?”. Resolviendo el TJUE que “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

aplicable a los supuestos relativos a contenidos y servicios digitales en el sentido de la citada STJUE, en virtud de la cual se faculta a los tribunales a reconocer de oficio el derecho del consumidor a obtener una reducción del precio, aunque no se hubiese solicitado en la demanda dirigida a obtener la resolución del contrato⁽³⁷⁹⁾.

consumo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda.”

⁽³⁷⁹⁾ Con carácter previo a la STJUE, esta solución ya se había aplicado previamente por la SAP de León de 11 de febrero de 2010 que recoge lo siguiente: “Se alega en primer lugar por las demandadas-recurrentes "Creaciones Confortables, S.L." y "MYM Intermarca, S.L.", incongruencia *extra petita* ya que según manifiesta en el Suplico de la demanda se solicitaba se condenara a la resolución del contrato, o subsidiariamente a la sustitución del sofá, y en la sentencia recurrida se concede una rebaja del precio que no se pedía expresamente. El motivo, en cuanto a la incongruencia denunciada, no merece favorable acogida pues como señala la STS de 9 de abril de 1985 "si bien es innegable que por virtud del principio dispositivo rector del proceso civil la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita del organismo jurisdiccional es facultad exclusiva de las partes contendientes, que fijan el objeto de litigio con sus contrapuestas pretensiones, de una manera reiterada tiene declarado la doctrina jurisprudencial que la respuesta directa y coherente así como la exigencia de exhaustividad impuestas por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significan una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y al supuesto fáctico en que se basan, pero no una literal concordancia entre ambos, y por ello guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la aportación probatoria, le está permitido al sentenciador establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada, pues lo que importa es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia bastante para dejar resueltos todos los extremos que fueron materia del debate (sentencias de 16 de mayo y 30 de junio de 1983 y 19 de enero y 30 de mayo de 1984, entre otras), puesto que en ello estriba la *ratio essendi* de la concordancia exigida entre la decisión judicial, siempre congruente cuando sin apartarse de los términos del conflicto otorga menos de lo pedido, y lo instado por los litigantes"; y es patente que, en el presente caso, la resolución impugnada no se desvía del marco de la discusión,

Asimismo, los remedios secundarios se encuentran sometidos a una serie de condiciones que restringen su aplicación. De manera que para que el consumidor pueda exigir al empresario una reducción proporcionada del precio de los contenidos o servicios digitales si han sido suministrados a cambio del pago de un precio, o bien la resolución del contrato de se establecen un conjunto de parámetros o circunstancias que deben concurrir⁽³⁸⁰⁾.

- La imposibilidad y la desproporción: con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14, apartado 2, Directiva 2019/770 la puesta en conformidad con arreglo al remedio primario es imposible o desproporcional⁽³⁸¹⁾.
- El empresario no ha puesto en conformidad los contenidos o servicios digitales en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor: El empresario no ha procedido a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14.3 Directiva 2019/770⁽³⁸²⁾.

centrada en la existencia de deficiencias en el sofá adquirido e entidad de las mismas, ni ha cometido exceso alguno, pues frente a lo postulado por el actor en base al incumplimiento contractual atribuido al demandado por entrega de un sofá con deficiencias graves que le hacen inhábil para su uso, que le lleva a afirmar el correcto ejercicio por su parte de la facultad resolutoria, la juzgadora de instancia entiende que el proceder del demandado comporta únicamente un incumplimiento parcial de lo pactado que no justifica la resolución contractual que se esgrime, pero si determina la condena a la correspondiente rebaja del precio, lo cual, además, a la postre resulta mucho menos gravoso para la demandada no solo que la resolución sino que la sustitución pretendida con carácter subsidiario.”

⁽³⁸⁰⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, Directiva 2019/770.

⁽³⁸¹⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, letra a), Directiva 2019/770.

⁽³⁸²⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, letra b), Directiva 2019/770.

- Reparación de la falta de conformidad: el empresario ha tratado de poner en conformidad el contenido o servicio digital pero la falta de conformidad persiste⁽³⁸³⁾.
- Falta de conformidad grave: si la falta de conformidad tiene carácter grave, el consumidor puede optar los remedios secundarios de forma inmediata⁽³⁸⁴⁾. Es decir, se trataría de una excepción para no acudir al remedio primario y optar por los secundarios directamente. Señala la Directiva 2019/770 como ejemplo de falta de conformidad grave el supuesto del consumidor que adquiere un *software* antivirus que está infectado con un virus⁽³⁸⁵⁾.
- Declaración del empresario o circunstancias que evidencian que no habrá puesta en conformidad: si el empresario ha declarado al consumidor o si de las circunstancias se desprende de forma clara que no pondrá en conformidad los contenidos o servicios digitales en un plazo razonable o sin ocasionar mayores inconvenientes al consumidor⁽³⁸⁶⁾.

2.2.1. La reducción del precio.

La reducción del precio se configura como uno de los dos remedios de carácter secundario a disposición del consumidor y quizás es el menos controvertido de todos los disponibles⁽³⁸⁷⁾. El remedio de la reducción del precio del contenido o servicio digital suministrado

⁽³⁸³⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, letra c), Directiva 2019/770.

⁽³⁸⁴⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, letra d), Directiva 2019/770.

⁽³⁸⁵⁾ *Cfr.* considerando 65 Directiva 2019/770.

⁽³⁸⁶⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, letra e), Directiva 2019/770.

⁽³⁸⁷⁾ MAK, V., “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, cit., p. 25.

se aplica una vez que el consumidor ha exigido al empresario que los ponga en conformidad de acuerdo con el remedio primario, pero no ha resultado posible alcanzar la conformidad⁽³⁸⁸⁾. Lo que se pretende por parte del legislador dando al consumidor la posibilidad de optar por la reducción del precio del suministro es la conservación del contrato (*favor contractus*) lo que se valora por la doctrina como una decisión adecuada que otorga seguridad a las transacciones⁽³⁸⁹⁾, además, un contrato válido es un instrumento generador de riqueza. Este remedio se desarrolla por el legislador en el artículo 14, apartado 4, de la Directiva 2019/770 y no supone ninguna novedad pues encuentra su origen en lo que en los ordenamientos de tradición romana contemplan como acción estimatoria o *actio quanti minoris*⁽³⁹⁰⁾, en particular, en España se encuentra en el artículo 1.486 CC y en Italia en el 1.492 CCiv.⁽³⁹¹⁾.

El ámbito de aplicación del remedio debe incardinarse en aquellos supuestos en los que la falta de conformidad no limita el producto del desarrollo de todas sus utilidades, pero existen anomalías

⁽³⁸⁸⁾ La reducción del precio debería haberse configurado como remedio primario junto con la reparación y la sustitución prevista para este tipo de bienes, dado que en las tres situaciones el contrato se podría mantener, a diferencia de lo que ocurre con la resolución donde el contrato se extingue.

⁽³⁸⁹⁾ MARCO MOLINA, J., “La garantía legal sobre bienes de consumo en 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”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 674, 2002, pp. 2275 y ss.

⁽³⁹⁰⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 122 TRLGDCU”, cit., p. 1771.

⁽³⁹¹⁾ La compraventa del *Codice Civile* se ha construido sobre una hipótesis de un vendedor comerciante y no del vendedor productor, con la compraventa de consumo prevé un vendedor profesional que se encuentra dentro de una cadena de distribución que le permite asumir el riesgo de tener que garantizar la reparación o sustitución del bien, al respecto, DE NOVA, G., “Sub art. 1519 bis”, en ALPA, G. (ed.) *L'acquisto di beni di consumo : D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 18.

o defectos que dan lugar a un menor valor de este⁽³⁹²⁾. La reducción del precio supone que el empresario que ha suministrado el contenido o servicio digital, y que no es conforme con lo pactado, realizará una devolución de parte del precio al consumidor. Este verá compensada económicamente la falta de conformidad existente⁽³⁹³⁾. Así, para el caso de que el suministrador no haya recibido el importe íntegro del precio, ya sea total o parcialmente, la reducción del precio operará sobre la parte que tenga pendiente de recibir⁽³⁹⁴⁾. En esencia, este remedio lo que busca es el restablecimiento del equilibrio contractual que se había visto afectado por la falta de conformidad en el contenido o servicio digital suministrado⁽³⁹⁵⁾. No obstante, no es factible solicitar la reducción del precio cuando el contenido o servicio digital no es conforme con lo pactado, pero a consecuencia de dicha falta de conformidad el valor de este se ha visto incrementado⁽³⁹⁶⁾. Por ejemplo, un consumidor que adquiere una película a través de una plataforma digital, y solicita expresamente que se le facilite únicamente la versión en lengua italiana, pero el empresario se la suministra, además de en italiano, en otras lenguas. En este supuesto, el contenido es conforme a lo solicitado, pero presenta unas características que le dan más valor al contenido que es la posibilidad

⁽³⁹²⁾ MARTÍN ARESTI, P., “Título V. Garantías y servicios posventa”, en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. (eds.) *La defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª, Iustel, Madrid, 2011, p. 1749.

⁽³⁹³⁾ TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, cit., p. 1111.

⁽³⁹⁴⁾ JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, cit., p. 349.

⁽³⁹⁵⁾ Señala la STS de 25 de septiembre de 2003 “la acción «*quanti minoris*» no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la equidad contractual.”

⁽³⁹⁶⁾ Sobre la cuestión, FUENTESECA DEGENEFFE, C., *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española*, La Ley, Madrid, 2007, p. 316.

de ser utilizado en diversos idiomas, por este motivo, no prosperará la acción que ejercite el consumidor solicitando la reducción del precio.

Señala la doctrina que este remedio resultará de gran utilidad para el consumidor o usuario, aunque el contenido o servicio digital presente una falta de conformidad, dado que pueden verse satisfechos sus intereses y a un menor precio, sin que sea precisa la resolución del contrato y sin tener que acudir a buscar el mismo contenido o servicio digital en otro suministrador⁽³⁹⁷⁾. Estos serán, entre otros, aquellos supuestos en los que el consumidor adquiere un contenido musical o audiovisual con una calidad de imagen o de sonido menor de la contratada o de la aplicación para *smartphone* que no reúne todas las características que anunciaba, pero sí las principales, y que a pesar de la falta de conformidad que presentan satisfacen el interés del consumidor. Otro supuesto sería el del consumidor que adquiere una película a través de una plataforma digital y solicita la versión en lengua italiana, pero se le suministra la versión en lengua inglesa. Si el consumidor conoce perfectamente la lengua inglesa puede darse por satisfecho a pesar de la falta de conformidad, no obstante, tendrá derecho a solicitar la puesta en conformidad del bien y en caso de tener que acudir finalmente a los remedios secundarios nada impide que pueda solicitar la reducción del precio. También, será especialmente práctico, en aquellos casos en los que el contenido o servicio digital se haya desarrollado de acuerdo con las particulares especificaciones del consumidor⁽³⁹⁸⁾.

⁽³⁹⁷⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 59.

⁽³⁹⁸⁾ *Ibid.*

Cabe la posibilidad de que la reducción del precio sea el único remedio secundario del que disponga el consumidor, excluyéndose la posibilidad de resolver el contrato, de ahí la importancia del mismo⁽³⁹⁹⁾. Este será el supuesto en el que se ha suministrado el contenido o servicio digital a cambio de un precio y la falta de conformidad reviste escasa importancia⁽⁴⁰⁰⁾, recayendo sobre el empresario la carga de la prueba con relación a que la falta de conformidad es de escasa importancia.

Así, el consumidor debe solicitar al suministrador la rebaja del precio de forma extrajudicial a través de correo electrónico, llamada telefónica, burofax, etc. En caso de que el suministrador no reconozca o admita dicha reducción de precio queda expedita la vía judicial.

Una vez que se ha procedido a la rebaja del precio por parte del empresario, si aparece una nueva falta de conformidad distinta de la que dio lugar a la rebaja del precio inicial, el consumidor podrá acudir de nuevo a los remedios previstos en la Directiva 2019/770 respetando la jerarquía y requisitos de cada uno de ellos⁽⁴⁰¹⁾.

Finalmente, el remedio de la reducción del precio es plenamente compatible con la acción de indemnización de los daños y perjuicios causados por la falta de conformidad⁽⁴⁰²⁾.

⁽³⁹⁹⁾ CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, cit., p. 256. En el mismo sentido, ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, cit., p. 183.

⁽⁴⁰⁰⁾ Cfr. artículo 14, apartado 6, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁰¹⁾ TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, cit., p. 1112.

⁽⁴⁰²⁾ MARTÍN ARESTI, P., “Título V. Garantías y servicios posventa”, cit., p. 1751.;

2.2.1.1. Operativa para la reducción del precio.

Uno de los grandes retos que se le han planteado al legislador ha sido el modo de solventar la ejecución de la reducción del precio respecto del contenido o servicio digital no conforme con el contrato. La operativa de la reducción contenida en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 1999/44 se refería únicamente a una reducción «adecuada» del precio, por lo que no existen antecedentes en normas comunitarias al respecto. Se alejaba de este modo de lo establecido en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de Mercaderías, de 1980, que en su artículo 50 sí prevé el modo de proceder para calcular la reducción del precio. Modelo que ha sido adoptado por España que en el artículo 119 bis TRLGDCU prevé que “La reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien o el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento de la entrega o suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien o el contenido o servicio digital efectivamente entregado o suministrado tenga en el momento de dicha entrega o suministro.” En el mismo sentido se ha regulado en Italia donde la reducción del precio se determina de forma proporcional, el precio se reduce en la misma medida en la que la falta de conformidad disminuye el valor del bien en el mercado ⁽⁴⁰³⁾. Hasta este momento se daba libertad a los Estados miembros para la fijación

⁽⁴⁰³⁾ Al respecto, BIANCA, C. M., “La vendita dei beni di consumo, i diritti del consumatore stabiliti all’art. 130, commi 1° - 6°, del D.Lgs. 6 settembre 2005, N. 206”, *Le nuove leggi civili commentate*, vol. 29 (2), 2006, pp. 317 y ss.; PALADINI, M., “I rimedi al difetto di conformità nella vendita di beni di consumo”, en TOSI, E. (ed.) *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 356. Para un breve análisis respecto a las soluciones adoptadas por otros países como Alemania o Francia, *vid.*, MARTINEZ ESPÍN, P. Y OTROS, “Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, *cit.*, p. 129.

de modo de calcular la reducción del precio⁽⁴⁰⁴⁾. Ahora, la Directiva 2019/770, al igual que ha hecho la Directiva 2019/771 en su artículo 15, prevé de un modo más profuso la operativa para la reducción del precio y que parece inspirado en la solución adoptada por la Convención de Viena de 1980.

Debe tenerse en consideración que los contenidos y servicios tienen la particularidad de que es posible realizar el suministro mediante uno o varios actos individuales o bien de forma continua a lo largo de un período de tiempo determinado o indefinido. Por este motivo, deben analizarse, de forma independiente, las posibles situaciones en las que se puede ver inmerso el consumidor en función de la modalidad de suministro.

a) Suministro en acto único o en serie de actos puntuales.

La reducción del precio ha de ser proporcionada a la disminución del valor de los contenidos o servicios digitales suministrados, en comparación con el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si fueran conformes⁽⁴⁰⁵⁾. Se trata de modificar el precio tomando la diferencia del valor entre lo prometido por el empresario y lo suministrado al consumidor⁽⁴⁰⁶⁾. La referencia que debe tomarse para determinar las características o cualidades del contenido o servicio digital suministrado debería haber reunido son las que figuran en el contrato suscrito entre empresario y consumidor. Es decir, se acude a criterios objetivos, lo que no obsta a incluir aquellas

⁽⁴⁰⁴⁾ DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, cit., p. 200.

⁽⁴⁰⁵⁾ Cfr. artículo 14, apartado 5, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁰⁶⁾ MARTÍN ARESTI, P., “Título V. Garantías y servicios posventa”, cit., p. 1750.

características o funciones que el consumidor pudiera esperar siempre que se hayan plasmado en el contrato, o, en su caso, puedan deducirse de la propia naturaleza del contenido o servicio digital suministrado.

El precepto no recoge de manera expresa el momento a tener en consideración para tomar la referencia del precio del contenido o servicio digital suministrado, pero debe interpretarse que dicho momento coincide con el momento en el que se ejecuta el suministro tomando como referencia el valor del contenido o servicio digital suministrado en el mercado y el valor que habría tenido en ese mismo momento si no se hubiera producido la falta de conformidad⁽⁴⁰⁷⁾.

b) Suministro continuo a lo largo de un período de tiempo.

En un escenario en el que el consumidor tiene derecho a solicitar al empresario una reducción del precio que ha pagado por los contenidos o servicios digitales suministrados durante un período de tiempo, el cálculo de la reducción del precio debe realizarse tomando en consideración el período de tiempo durante el cual el consumidor no ha podido disfrutar de los contenidos o servicios digitales de conformidad con lo contratado⁽⁴⁰⁸⁾. Es decir, si el contrato recoge que los contenidos o servicios digitales van a ser suministrados a cambio del pago de un precio durante un período de tiempo determinado, la reducción del precio debe aplicarse al período de tiempo durante el que los contenidos o servicios digitales no han sido conformes. Por ejemplo, en el caso de una suscripción mensual a una plataforma de vídeo en *streaming*, resulta más complejo aplicar la reducción del

⁽⁴⁰⁷⁾ Al respecto, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 122 TRLGDCU”, cit., p. 1774., en el mismo sentido, TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, cit., p. 1111.

⁽⁴⁰⁸⁾ *Cfr.* considerando 66 Directiva 2019/770.

precio de forma proporcional a la disminución del valor que tendría el contenido o servicio digital si fuera conforme. Por este motivo, la Directiva 2019/770 prevé que la reducción del precio se aplicará exclusivamente al período durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes⁽⁴⁰⁹⁾. Esto supone que, si en el ejemplo empleado el servicio digital no es conforme durante diez días del mes, el precio reducido se calculará sobre el período en el cual no ha sido conforme y el consumidor solamente pagará por los días en que ha sido conforme. Este método hace mucho más simple el cálculo de la reducción del precio que para los suministros únicos.

Un problema que aquí puede plantearse es que, en muchas ocasiones, el consumidor ni tan siquiera se planteará optar por este remedio cuando se trate de contenidos o servicios que no tienen un coste muy elevado, por ejemplo, en plataformas como Netflix donde la suscripción mensual tiene un coste de 7,99€ al mes o en Spotify donde el coste es de 9,99€ al mes, si el servicio no es conforme durante cinco días el consumidor apenas tendrá derecho a recibir unos céntimos. Parece tener más sentido optar por esta medida, o, mejor dicho, el consumidor tiene más motivación por optar por solicitar la reducción del precio en aquellos casos en los que el coste de la suscripción es elevado, por ejemplo, una suscripción a *Google One* de 30 *terabytes* tiene un coste mensual de 299,99€ al mes. Todo ello, sin perjuicio, de que se mantenga intacta la posibilidad del consumidor de solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que pueden incrementar notablemente la cuantía del importe reclamado.

⁽⁴⁰⁹⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 5, Directiva 2019/770.

2.2.1.2. La reducción del precio en los supuestos de facilitación de datos personales.

El mercado digital ha abierto las puertas a nuevas formas de explotación económica, y consecuentemente, ha motivado a que en determinadas ocasiones el empresario no solicite al consumidor un precio como forma de pago de su producto, sino que lo que se obtenga a cambio del contenido o servicio digital sean datos personales del consumidor o usuario⁽⁴¹⁰⁾.

La primera tentativa realizada por el legislador europeo encaminada a proteger al consumidor que no paga un precio, sino que facilita datos personales se encuentra en el artículo 5 CESL⁽⁴¹¹⁾. Mientras, la Directiva 2011/83 pionera en la inclusión y definición de los «contenidos digitales» no esclareció si su ámbito de aplicación abarcaba también a los denominados contratos gratuitos, incluyendo en estos aquellos en los que se ceden datos personales por parte del consumidor. La postura de la doctrina fue afirmativa, cuestión que

⁽⁴¹⁰⁾ Sobre la cuestión, v., ZECH, H., “Information as Property”, en *Jipitec (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law)*, vol. 6-3, 2015, fecha de consulta en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4315/zech%206%20%283%29.pdf>.

⁽⁴¹¹⁾ El considerando 18 del CESL establecía que, en ocasiones, “los contenidos digitales no se suministran a cambio de un precio sino en combinación con bienes o servicios pagados por separado, lo que implica consideraciones no pecuniarias como, por ejemplo, el acceso a datos personales o el acceso gratuito en el contexto de una estrategia de marketing basada en la expectativa de que el consumidor adquirirá posteriormente contenidos digitales adicionales o más sofisticados. Habida cuenta de esta estructura de mercado específica y del hecho de que los defectos de los contenidos digitales suministrados pueden ir en contra de los intereses económicos de los consumidores, independientemente de las condiciones en las que se suministraron, la aplicabilidad de la normativa común de compraventa europea no debe depender de si se paga un precio o no por el contenido digital en cuestión.”

ahora queda definitivamente confirmada con la Directiva 2019/2161⁽⁴¹²⁾.

El camino seguido hasta la promulgación definitiva de la Directiva 2019/770 ha supuesto una evolución en lo que respecta a la equiparación entre remuneración cambio de precio o datos personales y la protección de los consumidores⁽⁴¹³⁾. El legislador ha sido consciente de que es muy habitual que los consumidores tengan acceso a determinados contenidos y servicios digitales sin necesidad de pagar un precio, sino que lo hacen mediante la facilitación de datos personales al empresario.

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2019/770 resulta aplicable a todos aquellos contratos en los que el empresario suministra o se compromete a suministrar al consumidor aquellos contenidos o servicios digitales por los que este paga un precio o se compromete a hacerlo. De la misma manera, resulta de aplicación si el consumidor facilita al empresario datos personales o se compromete a ello, por ejemplo, la Directiva 2019/770 es aplicable en aquel supuesto en el que un consumidor abre una cuenta en una red social como *Facebook* o *Instagram* y facilita datos como su nombre, edad, ubicación y correo electrónico y estos datos son utilizados con fines publicitarios, es decir, para fines distintos que no sean exclusivamente

⁽⁴¹²⁾ Al respecto, SPEZIALE, I., “La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul Mercato Unico”, cit., p. 447.; también trata la cuestión, CÁMARA LAPUENTE, S., “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, pp. 847 y ss.

⁽⁴¹³⁾ ROSELLÓ RUBERT, F. M., “La propuesta de directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de servicios digitales no retribuidos monetariamente”, en CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J. A. (eds.) *El mercado único digital de la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2019, p. 278.

el suministro de los contenidos o servicios digitales ni para el cumplimiento de los requisitos legales. Con relación a este aspecto, la directiva introduce una matización, se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 aquellos contratos en los que los datos personales que el consumidor ha facilitado sean tratados por empresario a los únicos efectos de poder suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la propia directiva o para que el empresario pueda cumplir con los requisitos legales a los que se encuentra sujeto⁽⁴¹⁴⁾, y siempre que el empresario no trate esos datos para cualquier otra finalidad⁽⁴¹⁵⁾. Igualmente, resulta de aplicación para aquellos supuestos en los que el consumidor da consentimiento al empresario para que materiales de cualquier naturaleza que constituyan datos personales como mensajes o fotografías sean utilizados por el empresario por con fines comerciales. Por tanto, la reducción del precio solamente cabe en aquellos supuestos en los que el consumidor ha pagado al empresario un precio para la adquisición del contenido o servicio digital⁽⁴¹⁶⁾ y en aquellos en los que junto al precio el consumidor ha facilitado al empresario más datos personales de los estrictamente necesarios para el suministro del contenido o servicio digital.

⁽⁴¹⁴⁾ Como se indicaba en el considerando 18 del CESL, en algunas ocasiones el empresario permite al consumidor acceder gratuitamente a determinados contenidos o servicios digitales, requiriendo únicamente datos esenciales para la correcta prestación como puede ser conocer la ubicación. Esta gratuidad obedece generalmente a una estrategia del empresario que tiene una expectativa que el consumidor pueda adquirir con posterioridad contenidos o servicios digitales adicionales o que gocen de un carácter más sofisticado y de los que sí que pueda obtener un precio o datos personales como contraprestación.

⁽⁴¹⁵⁾ En este sentido, resulta evidente que el empresario debe respetar todas las obligaciones que se deriven del RGPD.

⁽⁴¹⁶⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, Directiva 2019/770.

La cuestión que se plantea es si el consumidor facilita datos personales al empresario a cambio del contenido o servicio digital y este no reúne los requisitos de conformidad. En este punto, cabría distinguir dos situaciones, la primera de ellas es aquella en la que el consumidor solamente facilita datos y la segunda cuando además de datos personales se paga un precio.

a) Pago exclusivo mediante facilitación de datos personales.

El artículo 14, apartado 4, de la Directiva 2019/770 establece que el consumidor podrá exigir al empresario la reducción del precio si los contenidos o servicios digitales se han suministrado a cambio del pago de un precio, obviando en este precepto los supuestos en los que el consumidor no paga un precio, sino que facilita datos personales al empresario. Es por este motivo que resulta innegable que la reducción del precio es únicamente posible en aquellos casos en los que el consumidor ha pagado con dinero y no con datos personales⁽⁴¹⁷⁾. Por tanto, el consumidor que ha optado por el remedio primario y tras fracasar opta por acudir a los remedios secundarios, se encontrará que el único remedio que tiene a su disposición es de la resolución del contrato.

Sin embargo, la posibilidad de resolver el contrato por falta de conformidad se prevé en la Directiva 2019/770 siempre que la falta de conformidad no se caracterice por ser de «escasa importancia». Esta cuestión podría suponer un gran inconveniente para el consumidor que ha adquirido un contenido o servicio digital facilitando datos

⁽⁴¹⁷⁾ SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Conformity Criteria, Remedies and Modifications - Part 2”, cit., p. 376.; CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 59.

personales y que se encuentra con una falta de conformidad de escasa importancia pues podría enfrentarse a una situación en la que carecería de remedios secundarios para subsanar la falta de conformidad. Sin embargo, la solución por la que ha optado legislador, de forma acertada, es por eliminar el carácter de la «escasa importancia» para que el consumidor tenga derecho a resolver el contrato⁽⁴¹⁸⁾. Es decir, si el pago que realiza el consumidor se basa únicamente en la facilitación de datos personales y el remedio primario es ejecutado sin éxito, podrá optar por la resolución del contrato con independencia de la dimensión de la falta de conformidad.

Algún autor, a modo teórico y reconociendo ser consciente de la dificultad del planteamiento, expone como solución la posibilidad de una valoración económica de los datos personales que el consumidor ha cedido a modo de pago, de forma que se pueda dar una valoración objetiva de los mismos y establecer en consecuencia compensaciones o descuentos⁽⁴¹⁹⁾. Sin embargo, en la práctica se antoja complicado inclinarse por esa solución, dado que el valor económico de los datos personales es relativamente bajo si se realiza la valoración desde la perspectiva individual, no así cuando los datos personales se valoran de forma colectiva⁽⁴²⁰⁾.

⁽⁴¹⁸⁾ *Cfr.* considerando 67 Directiva 2019/770.

⁽⁴¹⁹⁾ ROSELLÓ RUBERT, F. M., “La propuesta de directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de servicios digitales no retribuidos monetariamente”, cit., p. 279.

⁽⁴²⁰⁾ Al respecto, *vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.; SANCHO LÓPEZ, M., “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2018, pp. 23 y ss, fecha de consulta 5 diciembre 2019, en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1371.pdf>. Según estos autores, se estima que los usuarios valoran su información personal en torno a los 2.000€ y los 3.000€, sin embargo, la realidad es que apenas valen unos céntimos de euro. Además, no todos los datos personales tienen el mismo valor, hay diferencias entre la edad, el sexo o la

- b) Contraprestación mediante pago de precio y facilitación de datos personales de forma conjunta.

Mientras que en los denominados «contratos mixtos» que son aquellos en los que el consumidor además de facilitar datos personales al empresario paga un precio⁽⁴²¹⁾, el consumidor tiene la posibilidad de optar por cualquiera de las medidas correctoras de la falta de conformidad respetando en todo caso su orden preestablecido entre remedios primarios y secundarios.

2.2.2. La resolución del contrato.

Con la regulación realizada por parte del legislador europeo, la resolución en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales se configura como un remedio secundario al que el consumidor puede optar únicamente en el caso de que haya tratado de lograr la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales previamente de acuerdo, con lo establecido en el artículo 14, apartado 2, Directiva 2019/770. Esta es la regla general, aunque existen excepciones. Así, se ha procedido a establecer el modo de ejecución del derecho de resolución por parte del consumidor, las obligaciones que se derivan para el empresario en caso de resolución, y las que nacen para el consumidor, así como los plazos y modalidades de

ubicación, así como el nivel de estudios. Se estima que los datos con mayor valor económico son los relativos a la salud. Señalan, como ejemplo, el caso de una empresa norteamericana, denominada *Exact Data*, que ofertaba los datos de 1,8 millones de personas musulmanas por 126.851€, lo que apenas supone 0,07€ por los datos de cada una de ellas.

⁽⁴²¹⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, cit., p. 839.

reembolso. Este régimen supone un avance respecto a regulación prevista en la Directiva 1999/44 y la contenida en el TRLGDCU donde era prácticamente inexistente hasta la transposición de la Directiva 2019/770⁽⁴²²⁾, en el mismo sentido, ocurre con el *Codice del Consumo*.

La resolución del contrato es un remedio secundario que se configura como el más «extremo» de los que dispone el consumidor⁽⁴²³⁾, en el sentido de que supone la extinción del contrato previamente celebrado, y de las relaciones jurídicas que con él nacieron⁽⁴²⁴⁾. Es decir, la ejecución por parte del consumidor del remedio consistente en la resolución del contrato tiene como consecuencia, por una parte, efectos resolutorios, dado que se produce la extinción del vínculo contractual que une a consumidor y empresario, y, por otra parte, efectos restitutorios, las partes intervinientes se obligan a la restitución recíproca de las prestaciones realizadas⁽⁴²⁵⁾. Cuestión que resulta controvertida ante las particulares características que presentan los contenidos y servicios digitales, y donde la clásica noción de restitución puede resultar inadecuada pues no hay nada que puede ser devuelto en el sentido habitualmente empleado⁽⁴²⁶⁾, excepto, en aquellos casos en los que se ha producido el suministro mediante la entrega de un soporte material.

Además, no resulta extraño que en la práctica se den supuestos en los que el consumidor vea satisfecho sus intereses a pesar de que la

⁽⁴²²⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 121 TRLGDCU”, cit., p. 1766.

⁽⁴²³⁾ Se reconoce esta medida correctora en el artículo 14, apartado 6, Directiva 2019/770.

⁽⁴²⁴⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 121 TRLGDCU”, cit., p. 1766.

⁽⁴²⁵⁾ *Ibid.*, p. 1769.

⁽⁴²⁶⁾ CLAEYS, I.; VANCOILLIE, J., “Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts”, en TERRY, E., CLAEYS, I. (eds.) *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 203.

falta de conformidad justifique la resolución del contrato, y, por supuesto, la incidencia que tiene en la resolución la facilitación de datos personales por parte del consumidor. Igualmente, la copia de los contenidos digitales resulta relativamente sencilla, lo que dificulta que se ejecute correctamente la restitución e incluso tiene repercusiones en el ámbito de la protección de derechos sujetos a propiedad intelectual⁽⁴²⁷⁾.

En todo caso, el carácter subsidiario del remedio consistente en la resolución del contrato es comprensible, pues no satisface ni al consumidor que no alcanza el interés pretendido, ni al empresario al que le supone el quebranto de una operación de comercio⁽⁴²⁸⁾.

Por último, reseñar que la regulación de la resolución en la Directiva 2019/770 no se prevé de forma exclusiva para aquellos supuestos en los que se resuelve el contrato como consecuencia de una falta de conformidad, sino que también resulta aplicable en aquellos supuestos de resolución del contrato que tienen su origen en una falta de suministro por parte del empresario.

2.2.2.1. Presupuestos.

La resolución del contrato recogida en la Directiva 2019/770 viene acompañada de un conjunto de requisitos que deben darse para que el consumidor o usuario pueda optar por dicho remedio de forma satisfactoria. La posibilidad de optar por la resolución del contrato gira en torno a que la falta de conformidad se caracterice por ser de escasa

⁽⁴²⁷⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 65.

⁽⁴²⁸⁾ LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, cit., p. 933.

importancia. No obstante, existen otros factores que también deben ser tenidos en consideración. Entre ellos se encuentra el si se ha realizado el pago de un precio, si se han facilitado datos personales, o si el contrato comprende un único acto de suministro o un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo.

El punto de partida es que el derecho del consumidor o usuario a optar por la resolución del contrato se encuentra limitado por la Directiva 2019/770. La resolución prevista en el ámbito del consumo no exige una especial gravedad en el incumplimiento, por este motivo, optar por este remedio se reserva solamente en aquellos supuestos en los que la falta de conformidad no sea de escasa importancia⁽⁴²⁹⁾. El concepto de «escasa importancia»⁽⁴³⁰⁾, tiene su fundamento en el principio general de la contratación en virtud del cual solamente es causa de resolución contractual el incumplimiento esencial⁽⁴³¹⁾. Si bien, esta limitación contenida en la Directiva 2019/770 no es tan

⁽⁴²⁹⁾ La redacción inicial del Directiva 2019/770 publicada el 22 de mayo de 2019 en el DOUE (L136) se refería a que la falta de conformidad no debía ser «leve», término reemplazado por el de «escasa importancia» con la corrección de errores publicada el 26 de noviembre de 2019 también el DOUE (L305/62).

⁽⁴³⁰⁾ La expresión de la «escasa importancia» tiene su origen en el artículo 3.6 de la Directiva 1999/44, para un análisis en profundidad de la cuestión *vid.* FENOY PICÓN, N., “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores”, en *Anuario Derecho Civil*, vol. LXII (I), BOE, Madrid, 2009, pp. 234 y ss.

⁽⁴³¹⁾ AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, *cit.*, p. 1709.; también, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 711. o en DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 55 y ss. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, cabe destacar, entre otras la STS 3 de Mayo de 1994 que impone que el incumplimiento que dé lugar a la resolución debe ser grave, sustancial y esencial; la STS 10 de mayo de 1989 o la STS de 10 de julio de 2013.

estrecha como la prevista en la regulación general prevista en el artículo 1124 CC y que sólo permite la resolución del contrato si el incumplimiento es grave, esencial o de cierta entidad⁽⁴³²⁾.

No se trata, por tanto, de un remedio absoluto, el consumidor está obligado a tolerar cierto grado de incumplimiento que le impide acudir a la resolución del contrato⁽⁴³³⁾, en dicho supuesto, la única vía disponible para subsanar la falta de conformidad tras acudir al remedio primario es la reducción del precio, siempre que como contraprestación de dicho contrato se haya pagado un precio. Resulta razonable que el legislador europeo así lo haya reflejado, puesto que no toda falta de conformidad puede servir al consumidor como justificación para la resolución del contrato, si bien es cierto que tampoco se exige que el incumplimiento tenga especial gravedad. En todo caso, deben tenerse en consideración las características objetivas del contenido o servicio digital al que se refiere el contrato⁽⁴³⁴⁾, recayendo la carga de la prueba sobre la escasa importancia de la falta de conformidad sobre el empresario⁽⁴³⁵⁾. No obstante, si el empresario estima que el defecto es de escasa importancia sobre unos hechos que son evidentes a su juicio, el consumidor deberá precisar las circunstancias específicas que impiden tal evaluación⁽⁴³⁶⁾.

⁽⁴³²⁾ TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, cit., p. 1107.

⁽⁴³³⁾ *Ibid.*, pp. 1107 y ss.

⁽⁴³⁴⁾ Sobre las características a tener en consideración en relación a bienes muebles, *vid.* ZACCARIA, A.; DE CRISTOFARO, G., *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis-1519 nonies del Codice Civile introdotti con il D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24 in attuazione della Direttiva 1999/44/CE*, Cedam, Padova, 2002, p. 95.

⁽⁴³⁵⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 6, Directiva 2019/770.

⁽⁴³⁶⁾ GSELL, B., “Article 14 Remedies for lack of conformity”, cit., p. 265.

En este punto, se plantea el interrogante sobre cuando la falta de conformidad puede ser considerada de escasa importancia⁽⁴³⁷⁾. La doctrina lo interpreta como aquella violación leve e insustancial de la obligación de conformidad que revierte a la resolución del contrato en un remedio abusivo o injustificado⁽⁴³⁸⁾. La escasa importancia debe interpretarse con criterios de carácter objetivo⁽⁴³⁹⁾, es decir, con aquellos que sean los habituales del tráfico y de los usos comerciales y que consideren defectos de escasa importancia los que comprometan

⁽⁴³⁷⁾ Sobre la cuestión, la STS 699/2003 de 10 de julio, en la que se considera que la instalación de un sistema informático de forma incompleta es un incumplimiento esencial y no un cumplimiento defectuoso pues el sistema no podía funcionar a causa de esa incompleta instalación. La sentencia dice que “alegando por la compradora recurrente la existencia de un incumplimiento de su obligación de entregar la cosa de la cualidad pactada en cuanto a su rendimiento, es de tener en cuenta la consolidada doctrina de esta Sala que se orienta a entender que se estará ante la falta de entrega o de entrega de cosa distinta y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada (sentencias de 26 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7473] y 29 de abril de 1994 [RJ 1994, 2982] y las por ellas citadas). Declarado por la sentencia de instancia el incumplimiento por la actora-reconvenida de su obligación principal en relación con el objeto del contrato celebrado entre las partes, no puede calificarse dicho incumplimiento, como hace la Sala “a quo”, de un cumplimiento defectuoso de aquella a que se comprometió la actora, sino como un incumplimiento esencial (“de la obligación principal”, dice la sentencia recurrida) que justifica la resolución unilateral llevada a cabo por Grupo Consist, SL, al haberse producido una total insatisfacción del interés perseguido con el contrato, la comunicación en tiempo real entre los distintos sectores del sistema informático de la demandada-reconviniente. Al no entenderlo así, la sentencia “a quo”, ha infringido el artículo 1124 del Código Civil y el motivo ha de ser estimado.”

⁽⁴³⁸⁾ Al respecto, FADDA, R., “Il contenuto della direttiva 1999/44/CE; una panoramica.”, cit., p. 411., y en el mismo sentido, CORVO LÓPEZ, F. M., “Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771”, cit., p. 149.

⁽⁴³⁹⁾ La SAP Madrid 348/2014 de 29 de julio “la falta de conformidad, con suficiente entidad, no puede ser gratuita o arbitrariamente invocada por el adquirente, sino cumplidamente acreditada.”

el acabado del producto⁽⁴⁴⁰⁾. Por ejemplo, el embalaje del contenido digital suministrado en un soporte material, la aplicación para *smartphone* que utiliza unos iconos de colores o de forma diferente a la que esperaba el consumidor⁽⁴⁴¹⁾, etc. Eventualmente, en algunos casos también considerar criterios de carácter subjetivo. Es factible que un defecto insustancial de forma objetiva y sin transcendencia aparente sea relevante si el consumidor puede probar que se ha frustrado la finalidad que pretendía alcanzar al adquirirlo lo que justificaría la posibilidad de la resolución del contrato⁽⁴⁴²⁾.

Una de las cuestiones que fue objeto de crítica hacia la PDCDig fue la dificultad que podría plantearse para distinguir entre una «falta de suministro» y una «falta de conformidad de gran importancia», aspecto que en un entorno físico no revestiría especial complejidad, pero que en un entorno digital sí da lugar a una problemática que expone al consumidor a demoras indebidas y obligaciones complejas

⁽⁴⁴⁰⁾ LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, cit., p. 935.; AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, cit., p. 1710.

⁽⁴⁴¹⁾ La sentencia de la *Cass. civ., Sez. II, Ord., 3 giugno 2020, n. 10456*, aborda el caso de un consumidor que ha adquirido un sofá y que solicita la resolución de un contrato porque a pesar de ser del color solicitado tiene distinta tonalidad. El tribunal estima que se trata de una falta de conformidad de leve entidad que impide la resolución del contrato, no siendo tampoco posible la reparación o la sustitución por ser excesivamente onerosa, siendo el único remedio disponible la reducción del precio que no fue solicitado, y que, por tanto, se entendía renunciado de conformidad con el artículo 346 *C.P.C.*

⁽⁴⁴²⁾ TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, cit., p. 1109.; misma opinión comparte AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, cit., p. 1710.; y también MARCO MOLINA, J., “La garantía legal sobre bienes de consumo en 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”, cit., p. 2330.

antes de poder resolver el contrato⁽⁴⁴³⁾. En la práctica, el consumidor se enfrentaría a situaciones en las que las consecuencias serían las mismas a pesar de que el remedio disponible fuera distinto, de modo que, resultaría factible que la no entrega del contenido o servicio digital se equiparara una falta de conformidad de tal entidad que impidiera por completo el uso de este, en todo caso, debe tenerse en cuenta que sería por causas ajenas al consumidor. En tales contextos, los remedios a disposición del consumidor serían diferentes, pues en caso de una falta de conformidad que no fuera de escasa importancia, el consumidor tendría que acudir al remedio primario antes de acudir a la resolución; sin embargo, sí podría beneficiarse de la posibilidad de resolver el contrato si el suministro no se produce. Esta cuestión, finalmente, ha sido salvada con la actual redacción de la Directiva 2019/770, donde se ha previsto por parte del legislador, como una excepción a la jerarquía de remedios, la posibilidad de que el consumidor proceda a resolver el contrato sin necesidad de acudir al remedio primario siempre que la falta de conformidad tenga una gravedad que lo justifique⁽⁴⁴⁴⁾.

Por otro lado, no caben dudas interpretativas en lo que respecta al artículo 14, apartado 6, Directiva 2019/770. Este precepto ha reservado la posibilidad de resolver el contrato únicamente a aquellos supuestos en los que el consumidor ha pagado un precio, obviando aquellos otros contratos en los que el consumidor realiza una

⁽⁴⁴³⁾ FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, cit., p. 9.; en el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 52.

⁽⁴⁴⁴⁾ *Cfr.* artículo 14, apartado 4, letra d), Directiva 2019/770.

facilitación de datos al empresario como forma de pago para la adquisición del contenido o servicio digital. Esto no quiere decir que los contratos en los que se ha producido una entrega de datos personales por parte del consumidor no pueden ser objeto de resolución, sino que la Directiva 2019/770, de forma oportuna, ha previsto una excepción para poder optar a la resolución del contrato en estos supuestos. El consumidor o usuario que adquiere un contenido o servicio digital mediante la facilitación de datos personales al empresario, sin pagar un precio, y se encuentra con que no es conforme con el contrato, puede resolverlo de forma inmediata si no ha logrado la conformidad a través del remedio primario, dado que el remedio de la reducción del precio, como es evidente, resulta de imposible aplicación, la resolución del contrato es la única solución posible, incluso si la falta de conformidad es de escasa importancia⁽⁴⁴⁵⁾. Además, debe tenerse en consideración que no es factible que el empresario realice una restitución parcial de los datos personales del consumidor.

Debe precisarse que en aquellos otros supuestos en los que el consumidor además de facilitar datos personales al empresario pague un precio, habrá que estar a la jerarquía de remedios, siendo posible en caso de fracaso con el remedio primario, optar por la resolución del contrato o la reducción del precio.

Finalmente, la resolución no es exclusiva de los contratos consistentes en una única prestación, sino que también puede tener lugar en aquellos contratos en los que las prestaciones son continuadas en el tiempo como en el suministro del contenido o servicio digital se realiza durante un período de tiempo determinado. En estos casos, se

⁽⁴⁴⁵⁾ *Cfr.* considerando 67 Directiva 2019/770.

trataría de una resolución parcial que se fundamenta en el principio de conservación del contrato y que en este tipo de contratos las prestaciones pueden tener consideración de divisibles. Por ejemplo, el supuesto de un servicio de suministro de películas en *streaming* y que es conforme con el contrato durante un período concreto de tiempo⁽⁴⁴⁶⁾.

Como consecuencia de la resolución del contrato se generan un conjunto de derechos y obligaciones tanto para el consumidor como para el empresario que serán analizadas a continuación.

2.2.2.2. Ejercicio del derecho de resolución.

Una vez que se ha reconocido al consumidor el derecho a ejercer la resolución del contrato de acuerdo con las previsiones de la Directiva 2019/770, el legislador ha estimado preciso prever la forma en la cual ha de ejercerse tal derecho⁽⁴⁴⁷⁾.

El ejercicio del derecho de resolución se concreta en una facultad del consumidor que puede ejercitar con una declaración dirigida al empresario en la que manifieste su voluntad de resolver el contrato como consecuencia de una falta de conformidad⁽⁴⁴⁸⁾. Sobre

⁽⁴⁴⁶⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 75.

⁽⁴⁴⁷⁾ Cfr. artículo 15 Directiva 2019/770.

⁽⁴⁴⁸⁾ La regulación del ejercicio del derecho de resolución por el consumidor de conformidad con la Directiva 2019/770 mediante declaración al empresario se prevé únicamente en aquellos supuestos de resolución del contrato, no ocurre lo mismo cuando opte por la reducción del precio. Parece que el consumidor goza de un derecho autónomo para optar por su derecho a reducir el precio, dejando en manos del Derecho nacional de cada estado la necesidad de tal declaración, al respecto, *vid.* SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital

esta cuestión se ha tratado de alcanzar una armonización plena en la Unión Europea, no obstante, no se trata de un aspecto exento de críticas debido a que acarrea serias dificultades para su aplicación en el ámbito práctico por parte del consumidor⁽⁴⁴⁹⁾.

La norma se limita a señalar que basta una mera declaración del consumidor sin especificar el medio a través del cual tiene que realizarla, tampoco se especifica si es necesario el uso de unas palabras concretas⁽⁴⁵⁰⁾. Por tanto, se entiende adecuado que es suficiente con que el consumidor o usuario se dirija al empresario para comunicarle su voluntad de resolver el contrato, ya sea a través de un correo electrónico, una llamada telefónica, mediante la plataforma donde se encuentra el contenido o servicio, un burofax, etc. No se establece ningún tipo de requisito formal, ni que la declaración se lleve a cabo a través de un soporte duradero, no se regula el cauce a seguir, ni que sea el mismo por el que se realizó la contratación del contenido o

Content and Digital Services - Conformity Criteria, Remedies and Modifications - Part 2”, cit., p. 377.

⁽⁴⁴⁹⁾ En Italia, algunos autores mostraron sus dudas en relación a la obtención de los efectos resolutorios extrajudicialmente, al respecto, vid, LUMINOSO, A.; MARINO, B., “Garanzie nella vendita dei beni di consumo”, en GALGANO, F. (ed.) *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia*, vol. 31, Cedam, Padova, 2003, p. 37. En Francia, la terminación unilateral sólo ha sido permitida recientemente por los tribunales, en otros países como España es posible la resolución extrajudicial mediante la correspondiente notificación por parte del consumidor al empresario. Trata la cuestión, FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, cit., p. 13.

⁽⁴⁵⁰⁾ El consumidor no debe utilizar una fórmula específica pero si debe quedar claro que su deseo es resolver el contrato, al respecto, TWIGG-FLESNER, C., “Article 15 Exercise of the right of termination”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 274.

servicio digital, ya sea presencial, electrónica o a distancia⁽⁴⁵¹⁾. En todo caso, desde la óptica del consumidor es aconsejable que ejercite su derecho a través de un medio que le garantice la posibilidad de probar el momento de la comunicación, pues es necesario que el empresario tenga conocimiento de la decisión del consumidor⁽⁴⁵²⁾, con miras a que por parte del empresario no se acceda a la solicitud de resolución, dado que se producen, entre otros, efectos concernientes a la restitución de prestaciones, o incluso para el supuesto que sea necesario acudir a la vía judicial⁽⁴⁵³⁾.

La conclusión puede concretarse en que la ausencia de formalidades obedece al deseo del legislador de que el consumidor pueda ejercer su derecho del modo más sencillo posible.

Así las cosas, parece que a primera vista el ejercicio del derecho de resolución es sencillo, sin embargo, en la práctica, lo que ocurre es que es el empresario quien tiene la posibilidad de establecer los medios por lo que el consumidor o usuario puede llevar a cabo el contacto, especialmente en aquellos suministros realizados exclusivamente *online*. El contacto entre ambos se realiza habitualmente a través de una página web o aplicación que es gestionada por el propio empresario y por tanto queda a su arbitrio

⁽⁴⁵¹⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., pp. 64 y ss.

⁽⁴⁵²⁾ SPINDLER, G., “Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content”, en *European Review of Contract Law*, vol. 12 (3), 2016, p. 208, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl-2016-0012/html>.

⁽⁴⁵³⁾ SERRA RODRÍGUEZ, A., “Algunos aspectos de la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019”, cit., p. 580.

incorporar los distintos medios a través de los que se podrá establecer una comunicación con él.

La inexistencia de una regulación detallada en materia de avisos puede dar lugar a divergencias no compatibles con el objetivo de la armonización plena⁽⁴⁵⁴⁾. Por ello, habría sido recomendable incluir algunas orientaciones con relación al ejercicio del derecho de resolución especialmente en lo que respecta a los requisitos formales, ya que, al menos es necesario especificar que la resolución tiene su causa en una falta de conformidad. Una opción adecuada sería la inclusión en el contrato del medio a través del cual el consumidor deberá comunicar al empresario su deseo de resolver el contrato o la obligación del empresario de informar la forma en la que comunicar la resolución al igual que ocurre con anexo a disposición del consumidor para el derecho de desistimiento previsto en el artículo 11 Directiva 2011/83.

Una vez que el consumidor ejercita el derecho de resolución del contrato se produce la activación de las previsiones recogidas en los artículos 16, 17 y 18 Directiva 2019/770 relativos a las obligaciones que se derivan para el consumidor y el empresario y que serán analizadas más adelante.

⁽⁴⁵⁴⁾ FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, cit., p. 13.

2.2.2.3. Obligaciones del empresario en caso de resolución.

Consecuencia directa de la resolución del contrato solicitada por el consumidor o usuario a causa de una falta de conformidad es el nacimiento de un conjunto de obligaciones para el empresario dirigidas a otorgar un alto grado de protección a aquellos y que son desgranadas a continuación⁽⁴⁵⁵⁾.

a) Reembolso de los importes pagados.

La resolución del contrato trae consigo la restitución de prestaciones entre las partes, desde la perspectiva del empresario esta se concreta en la devolución de todos los importes que el consumidor haya pagado de acuerdo con el contrato⁽⁴⁵⁶⁾, concretándose así la primera obligación que establece la Directiva 2019/770⁽⁴⁵⁷⁾.

⁽⁴⁵⁵⁾ Cfr. artículo 16 Directiva 2019/770.

⁽⁴⁵⁶⁾ Cfr. artículo 16, apartado 1, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁵⁷⁾ El TRLGDCU en su artículo 21, apartado 1, establece también que la devolución del precio debe ser total, y ello, a pesar de que el consumidor haya podido hacer uso del contenido o servicio digital, aunque sea de manera parcial. Sobre esta cuestión, algún sector de la Doctrina manifestó que podría producirse un enriquecimiento injusto por parte del consumidor, *vid.* DÍAZ ALABART, S., “La protección del consumidor en la compraventa: la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *Legislación civil (2000-2006): análisis crítico. Estudios de Derecho Judicial*, vol. 116, 2007, p. 121. No obstante, refiriéndose a un supuesto de sustitución, se manifestó el TJCE en sentencia de 17 de abril de 2008, “por lo que respecta a la afirmación del Gobierno alemán de que el hecho de que el consumidor se beneficie, mediante la sustitución de un bien no conforme, de un nuevo bien sin tener que pagar una compensación económica constituiría un enriquecimiento sin causa, procede recordar que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva impone al vendedor la responsabilidad frente al consumidor por todo defecto de conformidad que exista al entregar el bien. En el supuesto de que el vendedor entregue un bien no conforme, no cumple correctamente la obligación a la que se había obligado en el contrato de venta y debe, por lo tanto, asumir las consecuencias de dicha ejecución errónea del mismo. Al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el

Como ocurre en otros aspectos de la regulación normativa de los contenidos y servicios digitales, cabe distinguir el distinto alcance de la obligación en función de si el contrato suscrito entre consumidor y empresario es de suministro único o de suministro continuado durante un período de tiempo.

En el caso del suministro único la regla no plantea dudas, el empresario debe devolver todos los importes que hayan sido abonados por el consumidor puesto que el contenido o servicio digital adolece de una falta de conformidad que justifica la resolución del contrato. en el mismo sentido si se trata de varios actos únicos de suministro, habrá que ver hasta qué momento ha sido conforme y a partir de ahí procederá la devolución proporcional de aquellos que no lo han sido. Resulta necesario que tanto los intereses legítimos de los consumidores como los de los empresarios se equilibren, por ello el consumidor no puede tener derecho a la devolución íntegra del precio si los contenidos o servicios digitales han sido conformes⁽⁴⁵⁸⁾, aunque haya sido únicamente durante un breve período de tiempo.

Igual que en con estos últimos ocurre con los contratos en los que el suministro de los contenidos o servicios digitales se ha acordado que se realice durante un período de tiempo y a cambio de precio. Si los contenidos o servicios digitales han sido conformes durante un período de tiempo inferior al inicialmente acordado y con anterioridad a la resolución del contrato instada por el consumidor, el empresario debe realizar el reembolso al consumidor. Por un lado, la parte proporcional del precio pagado que se corresponda con el período de

consumidor que, por su parte, ha pagado el precio de venta y, por lo tanto, ha cumplido correctamente su obligación contractual, no se beneficia de un enriquecimiento sin causa. Únicamente recibe, con retraso, un bien conforme con las estipulaciones del contrato como debería haberlo recibido desde el principio.”

⁽⁴⁵⁸⁾ *Cfr.* considerando 68 Directiva 2019/770.

tiempo en el que los contenidos o servicios digitales no han sido conformes, y, por otro lado, el precio pagado como avance de cualquier otro período de tiempo restante del contrato.

El artículo 16 Directiva 2019/770 se refiere a la obligación de reembolso de importes pagados, obviando la existencia de contratos en los que el consumidor realiza el pago mediante la facilitación de datos personales. Así, la devolución a la que debería tener derecho el consumidor que ha facilitado datos personales para obtener el contenido o servicio digital y opta por resolver el contrato se plantea como un inconveniente para este último. No es posible que el empresario realice una restitución parcial de los datos personales del consumidor y aunque así fuera, el empresario podría haber obtenido de los mismos el rédito pretendido⁽⁴⁵⁹⁾. La Directiva 2019/770 no ha previsto una acción a través la cual el consumidor pueda recibir los beneficios generados con los datos facilitados por este, a pesar de que algún sector de la doctrina en fase de tramitación así lo defendió⁽⁴⁶⁰⁾. Así, para este tipo de contratos habrá que tener en cuenta las obligaciones previstas para el empresario en los siguientes epígrafes del apartado 3 del artículo 16 Directiva 2019/770, donde se establece una obligación de abstención de uso de los datos por parte del

⁽⁴⁵⁹⁾ Debe distinguirse esta situación de la reclamación que pueda realizar el consumidor por los beneficios que el empresario haya obtenido por la utilización de los datos (no personales) facilitados por el consumidor, reclamación que se fundamentará en la normativa interna de cada Estado miembro, al respecto, PLANA ARNALDOS, M. C., “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 606.

⁽⁴⁶⁰⁾ METZGER, A., “Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?”, en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 8 (1), 2017, p. 7, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4315/zech%206%20%283%29.pdf>.

empresario, así como la obligación del cumplimiento de las disposiciones del RGPD.

La Directiva 2019/770 tampoco fija las consecuencias de que el empresario infrinja su obligación de devolución de los importes, por lo que debe acudir a las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados Miembros⁽⁴⁶¹⁾.

b) Cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679.

Tanto en los supuestos en los que se ha realizado el pago de un precio, como en los que se ha facilitado por el consumidor datos personales, el empresario está obligado a cumplir las disposiciones del RGPD⁽⁴⁶²⁾, que en su artículo 17 se refiere al derecho de supresión del interesado e impone al responsable del tratamiento de los datos personales la obligación de suprimirlos, entre otras causas, cuando se produce la extinción del contrato otorgó legitimidad al tratamiento de los datos. Es obvio que el consumidor, como titular de sus datos personales, puede retirar su consentimiento al tratamiento de estos o solicitar su supresión, cuestión que no podrá dificultarse o cuestionarse en ninguna circunstancia⁽⁴⁶³⁾. No obstante, resulta paradójico que se exija al empresario el cumplimiento de las obligaciones previstas en dicho reglamento al momento de la resolución del contrato, pero no en lo que respecta a su contenido

⁽⁴⁶¹⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 66.

⁽⁴⁶²⁾ *Cfr.* art. 16, apartado 2, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁶³⁾ PORMEISTER, K., “Informed consent to sensitive personal data processing for the performance of digital consumer contracts on the example of “23andMe””, en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6 (1), 2017, p. 20.

prescriptivo y a las condiciones de calidad del suministro cuando este implica el tratamiento de datos personales del consumidor⁽⁴⁶⁴⁾.

- c) Abstención de utilización de los contenidos distintos de los datos personales.

Cuando el consumidor con la utilización de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario cree o facilite, además de datos personales, cualquier otro contenido (archivos de vídeo o de audio, fotografías, etc.), el empresario tiene obligación de abstenerse de utilizarlo⁽⁴⁶⁵⁾, es decir, se impone a este una obligación de no hacer.

No obstante, han sido confeccionadas por el legislador un conjunto de excepciones, en las que el empresario se encuentra exento de cumplir dicha obligación de abstención de utilización que son las siguientes:

- El contenido digital carece de utilidad en un contexto externo al de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario⁽⁴⁶⁶⁾.
- Si el contenido digital se encuentra relacionado de forma exclusiva con la actividad desarrollado por el consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales que han sido suministrados por el empresario⁽⁴⁶⁷⁾.

⁽⁴⁶⁴⁾ CAMARDI, C., “Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali”, cit., p. 513.

⁽⁴⁶⁵⁾ *Cfr.* artículo 16, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁶⁶⁾ *Cfr.* artículo 16, apartado 3, letra, a), Directiva 2019/770.

⁽⁴⁶⁷⁾ *Cfr.* artículo 16, apartado 3, letra, b), Directiva 2019/770.

- El empresario ha agregado al contenido digital otros datos y estos no pueden desagregarse o únicamente es posible llevando a cabo un esfuerzo desproporcionado⁽⁴⁶⁸⁾.
- Cuando los contenidos digitales han sido generados de forma conjunta por el consumidor afectado por la resolución del contrato y otras personas⁽⁴⁶⁹⁾, de manera que otros consumidores pueden continuar haciendo uso de tales contenidos⁽⁴⁷⁰⁾.

Esto supone que el empresario tiene derecho a continuar utilizando los contenidos o servicios digitales que hayan sido creados o facilitados por el consumidor si carecen de utilidad más allá del contexto de los contenidos o servicios digitales que hayan sido suministrados por parte del empresario, si se refieren únicamente a la actividad del consumidor, si han sido agregados por el empresario junto con otros datos y no es posible desagregarse o requieren de un esfuerzo desproporcionado para ello o si han sido creados además de por el consumidor y otras personas, y otros consumidores pueden continuar utilizándolos⁽⁴⁷¹⁾.

d) Puesta a disposición del consumidor de los contenidos digitales.

Se establece la obligación del empresario de poner a disposición del consumidor todos aquellos contenidos, que no sean datos personales, que haya creado o facilitado con los contenidos o

⁽⁴⁶⁸⁾ *Cfr.* artículo 16, apartado 3, letra, c), Directiva 2019/770.

⁽⁴⁶⁹⁾ No especifica la Directiva 2019/770 que las otras personas hayan de ser necesariamente consumidores.

⁽⁴⁷⁰⁾ *Cfr.* artículo 16, apartado 3, letra, d), Directiva 2019/770.

⁽⁴⁷¹⁾ *Cfr.* considerando 69 Directiva 2019/770.

servicios digitales suministrados por el empresario⁽⁴⁷²⁾, es decir, se trata de poner a disposición del consumidor contenidos creados por él, no por el empresario. Se habla de una forma de derecho de portabilidad del consumidor en lo que respecta a los datos no personales que hayan sido creados o suministrados por el propio usuario, siendo la finalidad que los consumidores puedan cargarlos en las plataformas de otros proveedores, promoviendo la competencia facilitando el cambio de proveedor y eliminando obstáculos de carácter legal, técnico y práctico, en cambio, no se ha previsto la posibilidad de que los datos se transmitan directamente al otro proveedor⁽⁴⁷³⁾.

Pese a todo, se establecen algunas excepciones que han sido desarrolladas anteriormente y que se refieren a las situaciones previstas en el artículo 16, apartado 3, letras a), b) y c), Directiva 2019/770.

La obligación del empresario de puesta a disposición del consumidor de los contenidos digitales tiene su fundamentación, por un lado, en evitar que la privación de acceso por parte de empresario al consumidor a los contenidos o servicios digitales creados o facilitados pueda disuadir a este de ejercitar los remedios previstos por la falta de conformidad del contenido o servicio digital, y, por otro lado, poder disponer de los contenidos creados o facilitados por el consumidor, por ello la Directiva 2019/770 consagra una protección efectiva del consumidor posibilitándole el acceso a esos contenidos o servicios digitales⁽⁴⁷⁴⁾. Se logra de esta forma que el consumidor se

⁽⁴⁷²⁾ Cfr. artículo 16, apartado 4, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁷³⁾ TOMBAL, T.; GRAEF, I.; DE STREEL, A., “Limits and Enablers of Data Sharing. An Analytical Framework for EU Competition, Data Protection and Consumer Law”, en *TILEC Discussion Paper*, 2019 (DP 2019-024), pp. 19 y ss, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://ssrn.com/abstract=3494212>.

⁽⁴⁷⁴⁾ Cfr. considerando 70 Directiva 2019/770.

sienta libre de resolver el contrato sin el recelo de poder verse privado de recuperar los contenidos digitales creados por él⁽⁴⁷⁵⁾. Esta obligación del empresario debe interpretarse sin perjuicio de que este no revele determinados contenidos con arreglo a la normativa aplicable ajena a la Directiva 2019/770⁽⁴⁷⁶⁾, por ejemplo, casos de exclusividad. Así, resultará especialmente relevante su aplicación, por ejemplo, en casos de redes sociales cuando el usuario quiere cancelar su cuenta y recuperar sus fotografías o vídeos⁽⁴⁷⁷⁾.

Para que el empresario se vea obligado a poner a disposición del consumidor los contenidos digitales es necesario que se produzca una petición expresa del consumidor, no se realiza de modo automático. La petición debe ser cursada por las vías de comunicación que el empresario ponga a disposición del consumidor, si bien, sería conveniente que la petición se incorporará a la solicitud de resolución del contrato. La norma no establece plazo alguno para que el consumidor lleve a cabo la solicitud, por lo que, estableciendo un paralelismo con la obligación del empresario de proceder a la devolución en un plazo razonable, lo correcto es que el consumidor también lleve a cabo la solicitud en ese mismo plazo razonable.

La puesta a disposición de los contenidos digitales por parte del empresario debe llevarse a cabo de forma gratuita, sin que el empresario imponga cargo alguno. Se exceptúan aquellos gastos que tengan origen en el entorno digital propio del consumidor como

⁽⁴⁷⁵⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 70.

⁽⁴⁷⁶⁾ *Cfr.* considerando 71 Directiva 2019/770.

⁽⁴⁷⁷⁾ Aplicaciones como *Instagram*, con carácter previo a la cancelación de la cuenta, dan la posibilidad de solicitar el envío de un correo electrónico con un enlace a un archivo con las fotos, comentarios, información del perfil, etc., que se ha facilitado por el usuario.

pueden ser los gastos de conexión a internet, pues no se trata de un gasto directo y específicamente relacionado con la recuperación de los contenidos digitales⁽⁴⁷⁸⁾.

El legislador no ha concretado el formato en que debe procederse a la puesta a disposición de cada clase de contenido digital, encontrándose la causa en la búsqueda de estabilidad de la norma frente a futuras innovaciones, lo que podría dar lugar a inconvenientes para el consumidor si se estableciera el formato concreto para cada tipo de contenido digital⁽⁴⁷⁹⁾. Así, el empresario debe proceder a la restitución de los contenidos digitales en un formato que permita su lectura electrónicamente y que sea utilizado de forma habitual, por ejemplo, si se trata de un documento de texto puede ponerse a disposición del consumidor en formato *pdf*, si el contenido digital es una imagen uno de los formatos más habituales es el *jpeg*, o si es un vídeo puede hacerse en formato *mp4*. De manera que se produciría un incumplimiento por parte del empresario si realiza la entrega en un formato que obligue al consumidor a utilizar un *software* para la conversión del contenido digital a un formato habitual, igualmente si se hace la entrega de un texto o de una fotografía impresa en papel.

Tampoco se ha precisado por la Directiva 2019/770 que la descarga de los contenidos digitales debe llevarse a cabo en un formato que tenga la misma calidad que el empleado en el momento inicial por el consumidor, cuestión que dada la ausencia de regulación sería conveniente que se especificara por el empresario en el contrato suscrito con el consumidor, especialmente cuanto se trata de contenidos digitales como fotografías o vídeos donde el formato empleado por el empresario para cumplir con su obligación de puesta

⁽⁴⁷⁸⁾ *Cfr.* considerando 71 Directiva 2019/770.

⁽⁴⁷⁹⁾ *Cfr.* considerando 10 Directiva 2019/770.

a disposición puede reducir considerablemente la calidad, incluso aunque se emplee un formato habitual.

La Directiva 2019/770 establece también que la puesta a disposición del contenido digital por parte del empresario debe hacerse sin que este ponga ningún tipo de impedimento para la recuperación por el consumidor, es decir, debe evitar poner trabas que puedan disuadir al consumidor de optar por la resolución del contrato. Por ejemplo, si se trata de fotografías debe asegurarse de que el consumidor pueda descargarlas todas conjuntamente y que no tenga que hacerlo de una en una, lo que podría suponer, en supuestos de un alto volumen de archivos que el proceso de descarga tenga un coste importante en términos de tiempo e incluso que puedan inducir a error al consumidor pudiendo perder algunos archivos por falta de descarga.

Adicionalmente, es necesario que la puesta a disposición se lleve a cabo en un plazo razonable. Nuevamente, el legislador obvia fijar un plazo. No obstante, resulta plenamente aplicable lo dispuesto para la puesta en conformidad del contenido o servicio digital suministrado, elemento en el que también se hace referencia al plazo razonable, justificándolo en que no es adecuado que se establezcan plazos cerrados para el cumplimiento de obligaciones relativas a los contenidos o servicios digitales ante la diversidad de estos, se corre el riesgo que según cada supuesto se peque de plazos muy breves o excesivamente largos⁽⁴⁸⁰⁾.

⁽⁴⁸⁰⁾ *Cfr.* considerando 64 Directiva 2019/770.

- e) Imposibilitar el uso posterior de los contenidos o servicios digitales.

Se ha facultado al empresario para limitar o impedir el uso posterior de los contenidos o servicios digitales⁽⁴⁸¹⁾, no se trata de una obligación *per se*, puede hacerlo o no según su criterio, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16, apartado 4, Directiva 2019/770. Nace así la posibilidad de que el empresario pueda inhabilitar la cuenta de usuario del consumidor o hacer que los contenidos o servicios digitales suministrados se conviertan en inaccesibles para el mismo.

2.2.2.4. Obligaciones del consumidor en caso de resolución del contrato.

La resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales se encuentra sujeta a un conjunto de particularidades que no se dan en otro tipo de contratos, fundamentalmente, en lo relativo a la obligación de restitución que nace para el consumidor. La consecuencia es una regulación más específica que otras normas, como la Directiva 2019/771, en lo que se refiere a las obligaciones de las partes tras la resolución del contrato y, en particular, estableciendo tres obligaciones concretas para el consumidor, no obstante, hay importantes lagunas y dudas que pueden plantearse en el ámbito práctico que probablemente serán resueltas por los tribunales.

La Directiva 2019/770 prevé un régimen de obligaciones, sin embargo, desde el punto de vista práctico resulta arduo y difícil, e incluso se podría calificar como imposible, que en determinadas

⁽⁴⁸¹⁾ *Cfr.* artículo 16, apartado 5, Directiva 2019/770.

ocasiones el consumidor pueda proceder a la devolución del contenido o servicio digital⁽⁴⁸²⁾, y especialmente cuando se trata de suministros realizados *online*. A pesar estas dificultades, por parte del legislador europeo se ha tratado de alcanzar una solución, que, salvo adopción de medidas adicionales por parte del empresario, queda sujeta, en ocasiones, a la buena fe del consumidor.

- a) Abstención de utilización y de puesta a disposición de terceros de los contenidos o servicios digitales.

El consumidor debe de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados, así como, de ponerlos a disposición de terceros⁽⁴⁸³⁾. Esta obligación nace cuando la resolución del contrato es efectiva, momento en el que la licencia de la que el consumidor disponía deviene inoperativa.

Para el cumplimiento de esta obligación, inicialmente, es suficiente con que el consumidor suprima la posibilidad de utilizar los datos que integran el contenido o servicio digital en el futuro tomando medidas como la desinstalación, el borrado, la inutilización o la conversión en inaccesibles para sí mismo y para cualquier tercero⁽⁴⁸⁴⁾, lo que supone que se restablezca el *statu quo* entre empresario y

⁽⁴⁸²⁾ Para un análisis de la cuestión, *vid.*, LOOS, M. Y OTROS, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, cit., p. 230.; también, se pronuncia en el mismo sentido, FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, cit., p. 15.

⁽⁴⁸³⁾ *Cfr.* artículo 17, apartado 1, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁸⁴⁾ *Cfr.* considerando 72 Directiva 2019/770.

consumidor⁽⁴⁸⁵⁾. Al mismo tiempo, cabe la posibilidad de que el empresario tome medidas adicionales pues se le permite impedir que el consumidor pueda hacer un uso posterior de los contenidos o servicios digitales suministrados⁽⁴⁸⁶⁾. Para ello puede, por un lado, hacer que estos sean inaccesibles para el consumidor para lo que deberá contar con los correspondientes medios tecnológicos, o bien por otro lado, puede inhabilitar la cuenta de usuario impidiendo el acceso. Con la regulación del legislador europeo se ha puesto de manifiesto la dificultad que se va a encontrar el suministrador para comprobar que el consumidor cumple con su deber de abstención⁽⁴⁸⁷⁾ de ahí que el legislador le faculte para hacerlo por sus propios medios.

La adopción de cualquier medida que impida el uso del contenido o servicio digital por el consumidor o por un tercero es una cuestión común a todo tipo de suministro que se realice al amparo de la Directiva 2019/770, ya sea *online* o sobre un soporte material, sin embargo, sí existen diferencias en lo que respecta a la ejecución en cada uno de los supuestos.

b) Contenidos y servicios digitales suministrados *online*.

En la inmensa mayoría de las ocasiones el suministro de los contenidos o servicios digitales se va a realizar *online*, existiendo, a su vez, dentro de esta modalidad dos posibilidades de suministro en

⁽⁴⁸⁵⁾ THE EUROPEAN CONSUMER ORGANISATION, “Digital products. How to include them in the proposal for a consumer rights directive”, en *BEUC position paper*, Bruselas, 2010 (X/060/2010), p. 8, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://www.beuc.eu/publications/2010-00506-01-e.pdf>.

⁽⁴⁸⁶⁾ *Cfr.* artículo 16, apartado 5, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁸⁷⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, *cit.*, p. 73.

función de si el contenido o servicio digital queda almacenado o no en el dispositivo del consumidor;

i) Suministro mediante descarga en el dispositivo del consumidor.

En este tipo de suministro, el consumidor descarga directamente en su dispositivo el contenido o servicio digital, ya sea, música, películas, *software*, etc. pudiendo hacer uso de este dentro de los límites que se hayan fijado en el contrato. Exigir al consumidor la devolución del contenido descargado por la misma vía que lo recibió carecería de sentido puesto que aún continuaría almacenada una copia en su dispositivo. La Directiva 2019/770 ha tratado de buscar una alternativa que, como se verá, tampoco supone una garantía para el empresario en el sentido de que el consumidor cumpla con su deber de abstenerse de utilización y puesta a disposición de terceros. Siendo esta la causa por la que la restitución en los contratos que tienen por objeto los contenidos suministrados mediante descarga plantea la mayor problemática.

En caso de resolución, el consumidor está obligado de abstenerse de utilizar o de poner a disposición de terceros los contenidos digitales suministrados. No obstante, con independencia de la obligación del consumidor, el debate gira en torno a la posibilidad real de que el empresario pueda tener la certeza de que el consumidor haya eliminado o inutilizado los datos, por ejemplo, en aquel supuesto en el que el consumidor adquiere una película que descarga en su disco duro. Salvo que el empresario haya adoptado medidas tecnológicas que protejan el contenido, las dificultades para verificar que el consumidor se abstiene de utilizarlos o de ponerlos a disposición de

terceros serán muy altas, hasta el punto de que en la mayoría de las ocasiones resultará imposible tal verificación⁽⁴⁸⁸⁾. Un ejemplo práctico en el que se toman medidas de protección es el de la aplicación *Spotify* (plataforma de suministro de música en *streaming*) que permite a los usuarios con una suscripción de pago la descarga en su dispositivo (ya sea ordenador, un *smartphone*, una *tablet*, etc.) de los archivos de música para poder hacer uso de lo que denomina «modo sin conexión» cuando no se disponga de conexión a internet. Las canciones se almacenan en el dispositivo del consumidor, sin embargo, la plataforma ha adoptado un conjunto de medidas tecnológicas que por un lado impiden al consumidor poder realizar una copia de los datos en otros dispositivos, y, por otro lado, logra que si se cancela la suscripción de pago o se resuelve el contrato los archivos se eliminan automáticamente del dispositivo una vez han transcurrido un máximo de treinta días desde la última conexión de este a internet⁽⁴⁸⁹⁾.

Por otro lado, la Directiva 2019/770 no ha previsto las consecuencias de que el consumidor no cumpla con su obligación de no usar y no poner a disposición de terceros. Cuestión que podría haberse articulado, por ejemplo, con un derecho de retención del

⁽⁴⁸⁸⁾ Esto se consigue mediante sistemas como los *Digital Rights Management* (DRM); las «marcas de agua» digitales que son características que se incorporan al archivo durante el proceso de producción o distribución, se incorporan datos esteganográficamente incrustados dentro del archivo; los «metadatos», que son datos dentro de los datos, que permiten registrar información en los datos que componen el contenido digital como el nombre del comprador, información de cuenta, o dirección de correo electrónico. En todo caso, estos sistemas de protección no se encuentran exentos de inconvenientes, al respecto, *vid.* ADIEGO RODRÍGUEZ, J., “Problemática informática de la protección de obras digitales protegidas”, en MATA Y MARTÍN, R. M., JAVATO MARTÍN, A. M. (eds.) *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, La Ley, 2011, pp. 25 y ss.

⁽⁴⁸⁹⁾ Descargar música y podcasts, fecha de consulta 29 septiembre 2020, en <https://support.spotify.com/es/article/download-music-podcasts/>.

precio pagado por parte del empresario hasta que el consumidor acredite que ha cumplido con su obligación, asunto que en la práctica se antoja complicado⁽⁴⁹⁰⁾. Si bien es cierto, que si el empresario logra probar que el consumidor ha retenido copias en uso del contenido digital suministrado debería tener derecho a recobrar las sumas restituidas⁽⁴⁹¹⁾. Otra solución propuesta ha sido la de realizar un cobro al consumidor por el valor del beneficio que disfruta al conservar el contenido digital⁽⁴⁹²⁾, cobro que se basaría en el valor del contenido digital llevando a cabo una comparación entre el valor real y el valor prometido en el contrato⁽⁴⁹³⁾. De esta forma, el consumidor mantendría algún tipo de beneficio (por ejemplo, utilización parcial de un álbum musical) realizaría un pago al proveedor, mientras que el consumidor que no conservara ningún beneficio no estaría obligado a pagar por él⁽⁴⁹⁴⁾.

ii) Suministro directo sobre la plataforma del empresario.

El empresario goza de unas garantías más amplias cuando la resolución del contrato se refiere a aquellos contenidos y servicios digitales a los que el consumidor debe acceder a través de una red, aplicación, página web, *streaming*, *cloud*, etc. que se encuentra bajo el

⁽⁴⁹⁰⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 74.

⁽⁴⁹¹⁾ *Ibid.*

⁽⁴⁹²⁾ LOOS, M. Y OTROS, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, cit., p. 230.

⁽⁴⁹³⁾ MAK, V., “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, cit., p. 26.

⁽⁴⁹⁴⁾ *Ibid.*

control del propio suministrador. Dado que el empresario está facultado para impedir que el consumidor realice cualquier uso posterior del contenido o servicio digital⁽⁴⁹⁵⁾, puede llevar a cabo las acciones necesarias para que estos devengan inaccesibles para el consumidor, por ejemplo, inhabilitando la cuenta de usuario que permite el acceso.

No obstante, como se ha analizado, el empresario se encuentra obligado a poner a disposición del consumidor los contenidos, que no sean datos personales y que hayan sido facilitados por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales⁽⁴⁹⁶⁾.

- c) Devolución del soporte material empleado para el suministro *offline* de contenidos y servicios digitales.

En la práctica, la celebración de contratos de suministro de contenidos digitales sobre soporte material es cuantitativamente inferior a aquellos celebrados exclusivamente *online*, evidentemente, esto en ningún caso implica que no sea posible la resolución de aquellos contratos celebrados mediante dicha forma de suministro. En el caso de que así sea, el consumidor puede verse obligado a devolver el soporte empleado para el suministro del contenido digital⁽⁴⁹⁷⁾, no obstante, conviene aclarar que esta obligación es específica de los contenidos digitales, no afecta a los servicios digitales.

La obligación de restitución del soporte material empleado no es automática o inmediatamente efectiva tras la resolución del contrato, sino que es preciso que se produzca una intervención activa

⁽⁴⁹⁵⁾ Cfr. artículo 16, apartado 5, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁹⁶⁾ Cfr. artículo 16, apartado 4, Directiva 2019/770.

⁽⁴⁹⁷⁾ Cfr. artículo 17, apartado 2, Directiva 2019/770.

del empresario por la que se inste la restitución del soporte mediante un requerimiento concreto. Es decir, si el empresario no lo solicita, el consumidor es libre de quedarse el soporte material empleado para el suministro del contenido digital⁽⁴⁹⁸⁾. No se ha previsto un método concreto por el que el empresario pueda dirigirse al consumidor, no obstante, debería ser suficiente con dirigirse a este por la misma vía por la que se puso de manifiesto la voluntad de resolver el contrato, ya sea un domicilio postal, un correo electrónico, etc.

La solicitud del empresario debe realizarse dentro de un plazo máximo de catorce días desde la fecha en que el consumidor le haya comunicado su voluntad de resolver el contrato⁽⁴⁹⁹⁾. Transcurrido dicho plazo sin que el empresario reclame el soporte material, el consumidor no tendrá obligación de devolverlo, pero si se verá privado de hacer cualquier uso de éste.

Asimismo, desde el momento en el que el empresario requiere al consumidor, este debe ejecutar la devolución del soporte al empresario sin demora indebida. La Directiva 2019/770 no especifica ningún plazo para la devolución lo cual puede obedecer a que el consumidor dependa de agentes externos para realizar la devolución, como, por ejemplo, desplazarse a un determinado establecimiento del

⁽⁴⁹⁸⁾ Desde un punto de vista práctico y económico es conveniente que el empresario incluya medidas de protección en este tipo de suministro, por ejemplo, incluyendo *software* de protección de copia, de lo contrario el consumidor tendría relativa facilidad para realizar una copia de soportes como el CD o el DVD del que podría disfrutar, aunque solo fuera parcialmente, una vez que el contrato fuera resuelto y el soporte fuera devuelto al empresario.

⁽⁴⁹⁹⁾ El empleo por la Directiva 2019/770 del término «informado» supone que el empresario ha de tener conocimiento de la decisión del consumidor, al respecto, vid. TWIGG-FLESNER, C., “Article 17 Obligations of the consumer in the event of termination”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, p. 302.

empresario o a una determinada empresa de servicio de paquetería en la que depositar el soporte. A pesar de que habitualmente es el propio empresario el que envía a un mensajero al domicilio del consumidor, es evidente, que no siempre será así. Tampoco se ha previsto el modo de realizar la devolución, la regla general debería ser utilizar la misma vía por la que se realizó el suministro, es decir, que si el consumidor adquirió el contenido digital en una tienda física acuda a ésta a realizar la devolución o si lo recibió en su domicilio a través de una empresa de reparto que pueda realizar la devolución a través de la misma.

En lo que respecta a los gastos que se ocasionen como consecuencia de la devolución, estos serán a cargo del empresario, lo que significa que el consumidor no debe incurrir en ningún gasto como consecuencia de la solicitud del empresario. Entre estos gastos se encuentran los gastos de envío o de empaquetado, no obstante, se plantean mayores dudas con otros gastos como los de desplazamiento a un determinado punto de devolución. A consecuencia de ello, en este punto se puede hallar una causa para desalentar al empresario a realizar dicha solicitud en lo referido a aquellos contenidos digitales de escaso valor económico, pues caben supuestos en los que el coste de recuperar el soporte sea superior al propio soporte y al contenido digital en el contenido.

Un aspecto no regulado por la Directiva 2019/770 son las consecuencias del incumplimiento del consumidor en aquellos casos en los que tras el requerimiento de empresario no proceda a la devolución del soporte material, en estos supuestos, habrá que acudir a la normativa interna de cada Estado miembro.

- d) Limitación de la obligación de pago por el uso de los contenidos y servicios digitales.

Finalmente, a pesar de que la Directiva 2019/770 lo ha reconocido dentro de las obligaciones del consumidor, la realidad es que se trata de una obligación del empresario. A fin de otorgar una protección efectiva al consumidor⁽⁵⁰⁰⁾ se ha restringido que el empresario lleve a cabo una reclamación de cualquier pago al consumidor por el uso que haya realizado de los contenidos o servicios digitales con carácter previo a la resolución del contrato durante el período de tiempo que estos no hayan sido conformes⁽⁵⁰¹⁾. Es decir, el consumidor está obligado a abonar por el tiempo que los contenidos y servicios digitales hayan sido conformes siempre que se trate de contenidos y servicios digitales suministrados a lo largo de un período de tiempo.

2.2.2.5. El incumplimiento del consumidor como causa de resolución del contrato.

El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales se configura por la Directiva 2019/770 como un contrato sinalagmático o bilateral, que genera obligaciones tanto para el empresario como para el consumidor. La obligación principal del consumidor es la del pago del precio acordado o la facilitación de datos personales al empresario, mientras que, como ya se ha analizado, la obligación principal del empresario es la de suministrar el contenido o servicio digital de conformidad con lo establecido en el contrato.

⁽⁵⁰⁰⁾ *Cfr.* considerando 72 Directiva 2019/770.

⁽⁵⁰¹⁾ *Cfr.* artículo 17, apartado 3, Directiva 2019/770.

La Directiva 2019/770 únicamente contempla la posibilidad de resolución del contrato por parte del consumidor y el régimen aplicable en caso de incumplimiento del empresario, tanto por falta de suministro como por falta de conformidad. Nada se prevé en caso de que el incumplimiento provenga del consumidor, razón por la que habrá de estarse al derecho interno de cada Estado miembro. En este punto deben distinguirse las dos posibilidades en función del tipo de pago al que se haya comprometido el consumidor:

a) Suministro a cambio de pago de un precio.

En aquellos supuestos en los que el contenido o servicio digital sea suministrado por el empresario a cambio del pago de una cuantía dineraria por el consumidor, si este último no cumple con su obligación de entregar el precio pactado habrá que acudir a lo previsto en el artículo 1.124 CC. Precepto que faculta al empresario para exigir el cumplimiento al consumidor pagando el precio pactado o la resolución del contrato.

En todo caso, será preciso que el empresario haya cumplido previamente con su obligación de suministrar al consumidor el contenido o servicio digital solicitado, siendo la práctica habitual en el entorno digital que el consumidor realizará el pago con carácter previo a tener acceso al contenido o servicio por lo que el empresario acudirá a la previsión del artículo 1.124 CC de forma excepcional.

b) Suministro a cambio de facilitación de datos personales.

Mayores problemas pueden tener lugar en esta otra modalidad de suministro. El consumidor o usuario cumple su obligación en el

momento que le facilita al empresario los datos personales que se le hayan solicitado al momento de la celebración del contrato⁽⁵⁰²⁾, es decir, el consumidor cumplirá con su obligación si facilita datos tales como nombre y apellidos, fecha de nacimiento, domicilio, teléfono, correo electrónico, o datos más allá de los estrictamente necesarios para efectuar el suministro o cumplir con los requisitos legales establecidos. En este escenario se asume por el consumidor o usuario una obligación de hacer que consiste en ceder el uso de una información de la que el empresario puede obtener un rédito económico⁽⁵⁰³⁾. No se trata por tanto de una obligación de dar puesto que los datos que facilita el consumidor no pasan a ser titularidad del empresario⁽⁵⁰⁴⁾, se trata de una cesión por el período de duración del contrato. Una vez que finalice la relación obligatoria entre las partes el empresario está obligado a la “devolución” de los datos.

En este punto se plantea la siguiente cuestión de varias ¿qué ocurre cuando el consumidor a fin de tener acceso a los contenidos o servicios digitales facilita al empresario datos personales incorrectos o falsos?⁽⁵⁰⁵⁾ Por ejemplo, un correo electrónico creado expresamente

⁽⁵⁰²⁾ Recuérdese, que el artículo 3, apartado 1, Directiva 2019/770 excluye de su ámbito de aplicación aquellos contratos en los que “los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin.” Sería por ejemplo aquel supuesto en el que el consumidor facilita datos personales por motivos de seguridad o identificación.

⁽⁵⁰³⁾ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.; SANCHO LÓPEZ, M., “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, cit., p. 11.

⁽⁵⁰⁴⁾ GARCÍA HERRERA, V., “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, cit.

⁽⁵⁰⁵⁾ En los últimos años han nacido numerosas aplicaciones web que con tan solo un clic del usuario generan un perfil completo con datos personales ficticios, tales

para tal fin, un nombre falso, un número teléfono inventado, una ubicación incorrecta, etc. Sobre esta cuestión es habitual la referencia en las políticas de datos de los grandes suministradores en las que se establece la obligación del consumidor o usuario de facilitar datos correctos y verídicos e incluso se incorpora la obligación de comunicar cualquier cambio en los mismos⁽⁵⁰⁶⁾. Como ejemplo, la red social *Facebook* exige al usuario la utilización del nombre usado en la vida cotidiana, brindar información precisa sobre uno mismo, etc.⁽⁵⁰⁷⁾.

Sin perjuicio de las enormes dificultades que encontrará el empresario para conocer la veracidad de los datos que le han sido facilitados por el consumidor, es evidente, que una vez tenga conocimiento de que tales datos no son correctos carecerán de valor para el mismo presentándose de este modo el incumplimiento del consumidor. Al igual que ocurre en los suministros realizados a cambio de precio, el empresario estará facultado para exigir al consumidor el cumplimiento o la resolución del contrato, *ex* artículo 1.124 CC más la indemnización por los daños que hayan podido ocasionarle e intereses⁽⁵⁰⁸⁾.

como, nombre, apellidos, edad, correo electrónico, teléfono, ubicación, etc. que permiten utilizarlos a fin de llevar a cabo el registro en páginas web para obtener acceso a determinados contenidos o servicios digitales.

⁽⁵⁰⁶⁾ METZGER, A., “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales”, cit., pp. 131 y ss.

⁽⁵⁰⁷⁾ Al respecto, *vid*, condiciones del servicio de *Facebook*, fecha de consulta 1 septiembre 2021, en <https://www.facebook.com/legal/terms/update>

⁽⁵⁰⁸⁾ GARCÍA HERRERA, V., “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, cit.

2.2.3. Plazo y modalidades de reembolso en supuestos de reducción del precio y resolución del contrato.

En aquellos casos en los que la falta de conformidad del contenido o servicio digital suministrado derive en una reducción del precio o en la resolución del contrato, el empresario estará obligado a reembolsar al consumidor el importe que corresponda⁽⁵⁰⁹⁾, materializándose así la obligación de restitución recíproca desde la óptica del empresario. En este punto, parece inevitable establecer un paralelismo al respecto de la regulación prevista para el reembolso en caso de ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor⁽⁵¹⁰⁾. Son numerosos los elementos comunes entre ambos escenarios, y la redacción otorgada en las respectivas normativas es prácticamente calcada, especialmente cuando se trata el reembolso originado como consecuencia de la resolución del contrato.

Así, a través de los distintos apartados que integran el citado artículo 18 Directiva 2019/770 se desarrollan un conjunto de requisitos que deben operar a fin de garantizar la efectividad del derecho de reembolso del que goza el consumidor;

⁽⁵⁰⁹⁾ Esta previsión se encuentra recogida en el artículo 18 Directiva 2019/770 que se refiere a aquellos reembolsos que sean consecuencia de la aplicación de los arts. 14.4, 14.5 y 16.1 Directiva 2019/770.

⁽⁵¹⁰⁾ El artículo 13 de la Directiva 2011/83, referido a las obligaciones del comerciante en caso de desistimiento trata el reembolso en caso de desistimiento por parte del consumidor. Este incluye también conceptos como el reembolso de los costes de entrega pero que no son aplicables a los contenidos o servicios digitales suministrados online.

a) Reembolso sin demora indebida y en un plazo máximo de catorce días.

El legislador ha tratado de garantizar al consumidor el reembolso en un período de tiempo razonable, para ello, el empresario debe llevar a cabo el reembolso sin demora indebida y en todo caso en un plazo máximo de catorce días⁽⁵¹¹⁾, asegurando así que el empresario no incurra demoras carentes de justificación, tal y como dispone el artículo 18, apartado 1, Directiva 2019/770.

El indicado plazo de catorce días se computa desde el momento en que el empresario ha sido informado de la decisión del consumidor de ejercer su derecho a resolver el contrato, o en su caso, de optar por la reducción del precio. El precepto es inequívoco al establecer que el *dies a quo* a tener en consideración es “la fecha en la que el empresario haya sido informado de la decisión del consumidor”, no la fecha en la que el consumidor haya emitido su declaración de voluntad. Por tanto, la declaración emitida por el consumidor es unilateral y tiene carácter recepticio⁽⁵¹²⁾. Es decir, es preciso que esta llegue a conocimiento del empresario. No obstante, este conocimiento es necesario para que la declaración sea eficaz, no para que sea válida⁽⁵¹³⁾.

Aquí encontramos de nuevo las críticas planteadas respecto al ejercicio del derecho de resolución previsto en el artículo 15 Directiva

⁽⁵¹¹⁾ El plazo debe computarse en días naturales, no en días hábiles. Además, debe complementarse con lo establecido en los artículos 5, apartado 1, y 1130 CC, ambos disponen que “en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente”.

⁽⁵¹²⁾ DOMINGUEZ LUELMO, A., “Contratación electrónica con consumidores”, en MATA MARTÍN, R. M., JAVATO MARTÍN, A. M. (eds.) *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Comares, Granada, 2007, p. 114.

⁽⁵¹³⁾ GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997, p. 156.

2019/770 y las dificultades que puede entrañar para el consumidor la ausencia de una regulación específica del sistema de avisos en el entorno digital. Y se plantean otras críticas adicionales, puesto que la Directiva 2019/770 no ha fijado las consecuencias de la infracción del plazo por parte del suministrador, lo que parece que queda en manos de las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados miembros⁽⁵¹⁴⁾. Como consecuencia, tampoco se ha incluido ninguna disposición respecto a los intereses en caso de preclusión del plazo estipulado, y dado que una cuestión habitual en la práctica habría sido conveniente que el legislador europeo se hubiera pronunciado al respecto⁽⁵¹⁵⁾. En el mismo sentido, cabe mencionar también el considerando 15 Directiva 2019/770 que plantea la libertad de los Estados miembros de otorgar un derecho de retención al empresario respecto a cualquier reembolso que deba realizar al consumidor hasta que este cumpla con su obligación de devolver el soporte material⁽⁵¹⁶⁾.

b) Utilización del mismo medio pago que el empleado por el consumidor.

El empresario debe llevar a cabo el reembolso al consumidor empleando el mismo medio de pago (dinero en efectivo, transferencia bancaria, tarjeta de crédito, etc.) que este haya utilizado cuando

⁽⁵¹⁴⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 66.

⁽⁵¹⁵⁾ FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, cit., p. 14.

⁽⁵¹⁶⁾ En España, este se regula en el art 107 TRLGDCU para supuestos de desistimiento, no de resolución. Lo mismo ocurre en Italia con el artículo 56, apartado 3, C. Cons.

adquirió los contenidos o servicios digitales⁽⁵¹⁷⁾. Esto supone que, si el consumidor ha realizado el pago con una tarjeta de crédito, el reembolso debe hacerse a esa misma tarjeta, o si, por ejemplo, se ha hecho mediante una «tarjeta regalo», el empresario entregará una nueva «tarjeta regalo» por el importe correspondiente.

En la práctica, la problemática surge cuando el suministrador, de forma unilateral, opta por entregar al consumidor un «vale de compra» o «código descuento» por el importe que deba restituir y utilizable únicamente en el establecimiento o plataforma del suministrador, la jurisprudencia es unánime, el vendedor que entrega al consumidor un «vale» no cumple con su obligación de devolver el dinero⁽⁵¹⁸⁾. Incluso, en algunas ocasiones, se establece por parte del empresario que tal «medio de pago» deba utilizarse dentro de un período de tiempo determinado lo que debe descartarse⁽⁵¹⁹⁾. No obstante, la propia Directiva 2019/770 no limita ni excluye la posibilidad de que consumidor y empresario acuerden de forma

⁽⁵¹⁷⁾ *Cfr.* artículo 18, apartado 2, Directiva 2019/770.

⁽⁵¹⁸⁾ Son numerosas las resoluciones de la denominada la jurisprudencia menor, la SAP Zamora, Sentencia 271/2005 de 13 de septiembre, recurso 246/2005, recoge que “una vez resuelto el contrato de compraventa, mediante la entrega de un vale por el importe del precio, pues, aparte que no es identificable el precio con el vale, mediante dicha operación se limitaba la libertad de compra de la consumidora, pues con el vale recibido sólo podía adquirir bienes por el importe del vale en el establecimiento de la vendedora.”; la SAP Zaragoza, n. 138/2010 de 10 de marzo, Sección 2ª, recurso 703/2009, que prevé que la “entrega de un vale no satisfaría en igual medida los intereses de la actora al imponerle el canje de un producto por otro no necesariamente deseado.”

⁽⁵¹⁹⁾ En lo que respecta a la duración del «vale» entregado cabe reseñar la SAP Barcelona, n. 544/2008 de 9 de octubre de 2008, Sección 13ª, recurso 726/2007, que establece la “nulidad por abusiva de la cláusula que «obliga» a, en vez de devolver la diferencia de precio en metálico, aceptar un vale con una limitación temporal de 3 meses, y para usar en la misma cadena de tiendas.”

expresa realizar el reembolso de otro modo⁽⁵²⁰⁾, entre los que se encontrarían los «vale de compra» o «código descuento», sería el denominado remedio atípico⁽⁵²¹⁾. Se establece, de este modo, un criterio de reciprocidad entre el acuerdo inicial y reembolso, con la única excepción del acuerdo derogatorio en el que el consumidor accede a recibir el importe correspondiente en un medio distinto y con el límite de que al consumidor no le suponga ningún gasto tal reembolso⁽⁵²²⁾.

c) Prohibición de imposición de cargos al consumidor por el reembolso.

Resulta inadmisibles para el legislador europeo que el consumidor, además de padecer una falta de conformidad en el contenido o servicio digital suministrado, se vea penalizado con cualquier tipo de cargo por ejercer su derecho a la resolución del contrato o la reducción del precio. En este contexto, el reembolso efectuado por el empresario no puede suponer coste alguno para el

⁽⁵²⁰⁾ MARTINEZ ESPÍN, P., “Claves de la Directiva de suministro de contenidos y servicios digitales (Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019)”, cit., p. 11. En todo caso, cabría tener en consideración la SAP Asturias, n. 342/2006 de 23 de junio, Sección 7ª, recurso 675/2005, que dispone que “no es posible otorgar a la firma del vale la eficacia abdicativa que pretende el apelante impidiendo el derecho a la devolución del precio, ya que la firma del vale no supone *per se* renuncia expresa ni tácita a la restitución.”

⁽⁵²¹⁾ LUCCHINI GUASTALLA, E., “La tutela del consumidor en la compra y venta de bienes de consumo”, en ALPA, G. (ed.) *Seminari di aggiornamento professionale (2005). Rassegna forense. Quaderni.*, Giuffrè Editore, 2005, p. 473.

⁽⁵²²⁾ Misma regla resulta aplicable en aquellos casos en los que se produce un desistimiento por parte del consumidor, *vid.* SALVI, G., “Art. 56”, en CAPOBIANCO, E., PERLINGIERI, G., MEZZASOMA, L. (eds.) *Codice del consumo, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 349.

consumidor⁽⁵²³⁾. De este modo resulta inequívoco que, en aquellos supuestos en los que el reembolso entrañe un gasto, este deberá ser asumido en su integridad por el empresario. Esta limitación resulta aplicable incluso cuando consumidor y empresario acuerdan otro modo de proceder al reembolso distinto del que correspondería de acuerdo con el medio de pago empleado inicialmente por el consumidor.

3. La indemnización por daños y perjuicios consecuencia de la falta de conformidad.

Además de los remedios de los que dispone el consumidor o usuario ante la falta de conformidad en el suministro de contenidos y servicios digitales, la Directiva 2019/770 le faculta para iniciar una acción en reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de dicha falta de conformidad, al igual que si se ha producido una falta de suministro⁽⁵²⁴⁾. Con dicha indemnización se trataría de situar al consumidor o usuario en una posición, lo más aproximada posible, a la que tendría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y fueran conformes con lo establecido en el contrato⁽⁵²⁵⁾. Dicho de otra forma,

⁽⁵²³⁾ Cfr. artículo 18, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽⁵²⁴⁾ Así lo señala el considerando 73 Directiva 2019/770, además, el artículo 8, apartado 1, letra c) TRLGDCU reconoce como derecho básico de los consumidores y usuarios la indemnización y la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

⁽⁵²⁵⁾ Con la Directiva 2019/770 se ha ampliado de forma considerable el alcance de dicha indemnización por daños y perjuicios en comparación con lo previsto en la PDCDig, la cual, en su artículo 14, limitaba la responsabilidad del proveedor únicamente a los daños ocasionados en el entorno digital del consumidor. Es decir, lo limitaba al “*hardware*, contenidos digitales y cualquier conexión a la red en la medida en que se encuentren bajo el control del usuario”, definición que también ha sido modificada con la Directiva 2019/770.

se trata de resarcir el daño causado como consecuencia del incumplimiento del deudor⁽⁵²⁶⁾.

A pesar de dicho reconocimiento, por parte del legislador europeo no se ha previsto ninguna regla sobre daños en particular, sino que se limita a delegar en los Estados miembros la facultad de regular el derecho a la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la falta de conformidad o de suministro⁽⁵²⁷⁾, dado que se trata de un derecho que ya existe en todos los Estados miembros y que no precisa de armonización⁽⁵²⁸⁾. Si bien, como señala algún sector doctrinal, el trasfondo del problema al que tendría que enfrentarse el legislador europeo se sitúa en la monumental tarea que supondría armonizar la regulación de la indemnización por daños y perjuicios en el ámbito de la Unión Europea, espacio en el que conviven distintos modelos de atribución de responsabilidad⁽⁵²⁹⁾. Por tanto, la indemnización no es automática, sino que será preciso analizar caso por caso de acuerdo con la normativa de cada Estado miembro.

En todo caso, no hay duda de que la indemnización por daños y perjuicios es plenamente compatible y adicional al ejercicio de los remedios previstos para la falta de conformidad como para aquellos

⁽⁵²⁶⁾ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 259.

⁽⁵²⁷⁾ Cfr. artículo 3, apartado 10, Directiva 2019/770.

⁽⁵²⁸⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 117 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1716.

⁽⁵²⁹⁾ MARCO MOLINA, J., “La garantía legal sobre bienes de consumo en 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”, cit., p. 2334.

supuestos de falta de suministro del contenido o servicio digital⁽⁵³⁰⁾. También es importante recalcar que el resarcimiento de dichos daños debe diferenciarse de la indemnización derivada por los daños y perjuicios causados por productos defectuosos⁽⁵³¹⁾.

En el caso particular de España, es el artículo 117 TRLGDCU el que establece que el empresario responde frente al consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el contenido o servicio digital suministrado, pudiendo exigirse al empresario además de la puesta en conformidad, la reducción o la resolución del contrato que se indemnicen los daños y perjuicios que se hayan ocasionado

⁽⁵³⁰⁾ MAK, V., “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, cit., p. 23.; la misma opinión comparte CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 76. La jurisprudencia también mantiene esa postura, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, Sentencia 249/2006 de 5 Jul. 2006, Rec. 204/2006, dice “tal y como resulta del cuerpo de su demanda, en el apartado encabezado precisamente como «acumulación de acciones», eran la de resolución contractual y la subsiguiente de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, con remisión al artículo 1.124 C.C. Tales acciones son perfectamente acumulables, tanto de conformidad con el citado artículo 1.124 del Código Civil, aplicable a las obligaciones recíprocas, que establece la facultad del perjudicado de «escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos», como si se utiliza la acción redhibitoria.”

⁽⁵³¹⁾ El libro tercero del TRLGDCU se refiere a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, de la misma manera, el *C. cons.* en la parte IV, título II, se remite para un estudio en profundidad de dicha responsabilidad a: STELLA, G., “La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo Codice del Consumo”, en *Responsabilità civile e previdenza*, vol. 10, 2006, pp. 1589 y ss.; ALPA, G. Y OTROS, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi (D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224)*, vol. 32 Leggi commentate, Giuffrè Editore, Milano, 1990.; MARTINEZ DEL TORO, S., “Responsabilidad civil por productos defectuosos vendidos”, en *Práctica derecho de daños: revista de responsabilidad civil y seguros*, vol. 133, Wolters Kluwer, 2017.

como consecuencia de dicha falta de conformidad y según proceda en el caso concreto.

El CC recoge el régimen de responsabilidad contractual en los arts. 1.101 y siguientes, siendo este el régimen al que puede acudir aquel consumidor que, en el caso concreto, haya adquirido un contenido o servicio digital que resulte no ser conforme o no se suministre de acuerdo con lo pactado y al que se le cause un daño o perjuicio como consecuencia del incumplimiento de la obligación del deudor de suministrar un contenido o servicio digital conforme al contrato⁽⁵³²⁾. Así, el ejercicio de la acción de daños y perjuicios se encuentra sometido a unos presupuestos que determinan el nacimiento de la obligación de indemnizar por parte del empresario suministrador. El consumidor tiene la carga de probar la existencia de unos daños derivados de la falta de conformidad o de la falta de entrega, la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento en la entrega o la falta de conformidad, y finalmente, la imputación subjetiva del daño al suministrador incumplidor⁽⁵³³⁾.

En lo que respecta a los daños indemnizables que el consumidor o usuario podrá exigir que se indemnicen se comprenden

⁽⁵³²⁾ Dada la trascendencia de la cuestión y la amplitud del tema se remite a: DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual.*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 209 y ss.; MONFORT FERRERO, M. J., “La resolución de la venta de bienes de consumo”, en *Revista Boliviana de Derecho*, vol. 27, 2019, pp. 181 y ss, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://www.revista-rbd.com/articulos/2019/27/158-187.pdf>.; LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, cit., pp. 258 y ss.

⁽⁵³³⁾ MONFORT FERRERO, M. J., “La resolución de la venta de bienes de consumo”, cit., p. 181.; en el mismo sentido, MARTÍN ARESTI, P., “Título V. Garantías y servicios posventa”, cit., p. 1029.

aquellos previstos en el artículo 1.106 CC. En particular, se establece que la indemnización por daños y perjuicios comprende la pérdida que se haya sufrido, donde se encontraría el daño patrimonial y que alcanzaría únicamente el daño emergente⁽⁵³⁴⁾, excluyéndose el lucro cesante. En todo caso, el *lucrum cessans* definido como la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia de un hecho dañoso es un «extraño» para el Derecho de Consumo. No hay discusión en que, si el adquirente del contenido o servicio digital se dirige al suministrador reclamándole una cantidad en concepto de lucro cesante por una ganancia dejada obtener como consecuencia de la falta de conformidad del producto o de entrega de este, no podrá ampararse en las disposiciones del TRLGDCU pues carecerá de la cualidad de consumidor. Esto supone que las dificultades que puede presentar para el consumidor que adquiere un contenido o servicio digital probar el lucro cesante ante una falta de conformidad o de suministro son considerables, dado que el consumidor no adquiere para poner el mercado o incorporar a una cadena de producción el contenido o servicio digital sino que como recoge la propia definición de

⁽⁵³⁴⁾ Entre las partidas reconocidas a los consumidores por la jurisprudencia se encuentran; la SAP de Lugo de 12 de julio de 2011 reconoce gastos derivados del arrendamiento de un vehículo necesario mientras se producía la reparación del adquirido por el consumidor y que no era conforme; la SAP de Zamora de 4 de abril de 2014 estima los gastos realizados por el consumidor para la reparación de un vehículo tras acordarse la resolución del contrato ante las continuas averías del vehículo; la SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 reconoce los intereses abonados por el contrato de préstamo concertado para el pago del bien defectuoso; o la SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013 reconoce los gastos en los que incurrió el consumidor para la retirada del bien no conforme y cuya instalación había sido incluida en el contrato cuya resolución se acordó con posterioridad, al respecto, vid., LÓPEZ ALFONSO, F., “Conformidad de los bienes muebles en la compraventa de consumo. Régimen del Título IV del TRLGDCU”, en *La compraventa de bienes de consumo: régimen de garantías*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018 (LA LEY 20163/2017), fecha de consulta 13 mayo 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

consumidor lo adquiere para un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, no estando, entre sus finalidades, la de obtener un beneficio económico. Por este motivo, la doctrina es unánime al descartar la posibilidad de que el consumidor pueda reclamar al suministrador el lucro cesante por una falta de conformidad o de suministro⁽⁵³⁵⁾.

Asimismo, aunque el CC no recoge expresamente la indemnización por daño moral, este se deduce del artículo 1.107, que prevé el resarcimiento de todos los años, lo que debe comprender también el daño moral⁽⁵³⁶⁾, cuestión que ha sido objeto de estudio en

⁽⁵³⁵⁾ Al respecto, *vid.*, MOSCOSO TORRES, P. J., “El régimen legal de las garantías en la venta de bienes de consumo”, *Manuales de formación continuada (Consejo General del Poder Judicial)*, vol. 34, 2005, pp. 800 y ss. Por parte de los tribunales tampoco ha habido pronunciamientos favorables a los consumidores, como señala, VERDERA SERVER, R.; ESTRUCH ESTRUCH, J., “La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo”, en REYES LÓPEZ, M. J. (ed.) *Derecho privado de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 479. A modo de ejemplo, cabe mencionar algunas sentencias, SAP Barcelona, Sección 14ª, Sentencia 250/2014 de 26 Jun. 2014, Rec. 1060/2012 que dice que “debemos determinar si la ley invocada de consumidores alcanza al demandante y la respuesta debe ser afirmativa, si bien, ello supone la desestimación de la pretensión de lucro cesante, no sólo por tratarse de un consumidor-particular y no de un empresario, sino porque tampoco se acredita, ni mínimamente el importe reclamado. [...] Sería por tanto una incongruencia, considerar al actor como un empresario para lo que le beneficia (lucro cesante) y no para lo que le perjudica (excluirle de la legislación tuitiva de la LCU).” O la SAP A Coruña, Sección 6ª, Sentencia 109/2013 de 27 Mar. 2013, Rec. 317/2011 que recoge que “no cabe establecer una indemnización por lucro cesante. No se concretan las ganancias dejadas de obtener, que sólo tendrían sentido si el vehículo estuviese destinado a una actividad comercial o industrial susceptible de generar ganancias. No es el caso cuando el vehículo se usa para los desplazamientos ordinarios del consumidor.”

⁽⁵³⁶⁾ Para un análisis del denominado daño moral, *vid.*, LLAMAS POMBO, E., “De nuevo sobre el llamado daño moral. Algunos apuntes para la reflexión”, en SANTOS MORÓN, M. J., MERCADER UGUINA, J. R., DEL OLMO GARCÍA, P. (eds.) *Nuevos retos del Derecho de Daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 23 y ss.; NIETO ALONSO, A., “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A

numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁽⁵³⁷⁾, así como, más concretamente en el ámbito del consumo se ha reconocido al consumidor su derecho a ser indemnizado por los daños morales sufridos como consecuencia de una falta de conformidad⁽⁵³⁸⁾.

La acción de reclamación en vía de responsabilidad contractual está sujeta al plazo de prescripción previsto en el artículo 124

propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX (III), BOE, Madrid, 2006.

⁽⁵³⁷⁾ La STS de 11 de noviembre de 1997 recoge que “ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga, todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados.” Otras, como la STS de 22 de mayo de 1995, STS de 19 de octubre de 1996, STS de 12 de julio de 1999 y la STS de 27 de septiembre de 1999, prevén la indemnización del daño moral, sobre la base del sufrimiento o padecimiento psíquico, comprendiendo situaciones tales como la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre. Situaciones que, aunque probablemente se den con mayor asiduidad en el ámbito de los viajes combinados o los servicios médicos, nada excluye que también pueda producirse en ámbito del suministro de los contenidos y servicios digitales.

⁽⁵³⁸⁾ La SAP de Burgos de 4 de junio de 2013 por la que se indemniza al consumidor por el daño moral sufrido como consecuencia de los inconvenientes sufridos por la falta de conformidad de su vehículo y el temor a que se averiara durante un viaje dadas las continuas entradas al taller. En el mismo sentido la SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 que indemniza al consumidor ante “la imposibilidad de uso de un vehículo particular, aunque no genere perjuicios económicos, no implica no determine un daño moral, cuando su privación alcanza al disfrute del mismo en actividades de ocio y recreo, que es privado por la conducta imputable al incumplimiento de la parte demandada”. En contra de las anteriores se manifiesta la SAP de A Coruña de 27 de marzo de 2013, que niega que una falta de conformidad pueda provocar un daño moral al consumidor, dado que la lesión que se puede derivar de las averías incide sobre un bien económico como es el coche.

TRLGDCU que lo fija en cinco años desde que se produzca la manifestación de la falta de conformidad⁽⁵³⁹⁾.

4. Las medidas correctoras por incumplimiento de suministro.

El artículo 13 Directiva 2019/770 se refiere a las medidas correctoras por incumplimiento de suministro antes de abordar la falta de conformidad, en los artículos sucesivos. En particular, regula las consecuencias que se derivan para el empresario que no haya cumplido con el suministro del contenido o servicio digital de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 Directiva 2019/770, así como para el consumidor que tendrá la posibilidad de situarse en la posición previa a la formalización del contrato.

Un aspecto importante que debe tenerse en cuenta como punto de partida es que las medidas correctoras por incumplimiento de suministro por parte del empresario previstas en el artículo 13 Directiva 2019/770 resultan aplicables únicamente a aquellos contratos en los que el suministro de contenidos y servicios digitales se debería haber llevado a cabo *online*. Se excluye, expresamente, su aplicación para aquellos contenidos digitales suministrados sobre un soporte material como un CD, un DVD, memoria USB, etc.⁽⁵⁴⁰⁾. En tales supuestos, el consumidor tiene que acogerse al régimen previsto en la Directiva 2011/83 sobre las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega⁽⁵⁴¹⁾.

⁽⁵³⁹⁾ Con la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 7/2021 de 27 de abril se han mejorado las condiciones de los consumidores y usuarios pues hasta ese momento el plazo de prescripción se encontraba fijado en tres años.

⁽⁵⁴⁰⁾ *Cfr.* artículo 3, apartado 3, Directiva 2019/770.

⁽⁵⁴¹⁾ *Cfr.* considerando 20 Directiva 2019/770.

En lo referido a los contenidos o servicios digitales que deben suministrarse durante un período de tiempo determinado, como, por ejemplo, un servicio de almacenamiento en la nube, si el suministro se realiza de conformidad con lo pactado, pero durante la duración del contrato se produce una falta de conformidad, no resultan aplicables las medidas correctoras por incumplimiento de suministro, sino que será necesario acudir a las medidas correctoras por falta de conformidad.

Al igual que ocurre con la reducción del precio, la resolución del contrato es un remedio a disposición del consumidor solamente de forma subsidiaria. El carácter subsidiario de la resolución del contrato es comprensible pues no satisface ni al consumidor que no logra satisfacer el interés que pretendía ni al empresario que le supone el quebranto de una operación de comercio⁽⁵⁴²⁾. La resolución del contrato se establece como el remedio más extremo de los que dispone el consumidor, en el sentido de que supone la extinción del contrato previamente celebrado, y de las relaciones jurídicas que de él emanan⁽⁵⁴³⁾.

- a) Resolución del contrato con requerimiento previo del consumidor.

Si el empresario no cumple con su obligación de suministrar los contenidos o servicios digitales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2019/770, el consumidor pedirá al empresario para que proceda al suministro⁽⁵⁴⁴⁾. En este punto, el

⁽⁵⁴²⁾ LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, cit. p. 933.

⁽⁵⁴³⁾ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 121 TRLGDCU”, cit., p. 1766.

⁽⁵⁴⁴⁾ *Cfr.* artículo 13, apartado 1, Directiva 2019/770.

empresario puede proceder al suministro, no obstante, si no lo hace, sin demora indebida o dentro del período de tiempo adicional expresamente pactado por las partes, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

Dada la particularidad de los contenidos o servicios digitales, salvo circunstancias excepcionales, el suministro no debería requerir de un plazo adicional pues se trata habitualmente de contenidos o servicios que se suministran de forma prácticamente instantánea tras la contratación. Cuando la Directiva 2019/770 se refiere a que el empresario debe suministrar el contenido o servicio digital sin la demora indebida debe hacerlo de forma inmediata⁽⁵⁴⁵⁾. Los contenidos y servicios digitales habitualmente se encuentran estandarizados, y el suministro al consumidor es relativamente sencillo una vez que se ha producido por ello la puesta a disposición debe ser instantánea⁽⁵⁴⁶⁾. No obstante, como se verá, las circunstancias difieren cuando se trata del suministro de un contenido digital en un soporte material.

La redacción de este primer apartado del artículo 13 Directiva 2019/770 plantea dudas tanto operativas como interpretativas. Por ejemplo, cuando se establece que el consumidor debe pedir al empresario que proceda al suministro no se facilita al consumidor el *modus operandi* que debe seguir, es decir, ¿debe llamar por teléfono al empresario?, ¿basta con un correo electrónico?, o ¿debe personarse en su establecimiento o instalaciones? Lo más razonable tal vez sea que la comunicación se realice del mismo modo en que se ha llevado la contratación, pero esto no supone una garantía para el

⁽⁵⁴⁵⁾ Cfr. considerando 61 Directiva 2019/770.

⁽⁵⁴⁶⁾ CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit., p. 50.

consumidor. Por ejemplo, si se adquiere una película a través de una plataforma digital esta debería ser suministrada de forma inmediata. Si el consumidor debe pedir al empresario que proceda al suministro, es recomendable que los suministradores de contenidos y servicios digitales hagan constar claramente en sus plataformas o páginas web las distintas formas de contacto. Otros interrogantes que se plantean son; ¿cuánto tiempo debe esperar el consumidor para pedir al empresario que cumpla? y ¿cuánto tiempo debe esperar una vez que le ha pedido al empresario que proceda al suministro? Algunos empresarios disponen de un servicio de atención al consumidor operativo las veinticuatro horas del día todos los días del año, lo que puede facilitar el suministro si se ha producido algún problema, aunque es evidente que en otras muchas ocasiones no será así. También cabe que surjan inconvenientes como consecuencia del idioma, por ejemplo, si un consumidor alemán adquiere un contenido o servicio digital en Italia, pero desconoce el idioma, ¿cómo puede entonces pedir al empresario que proceda al suministro?

La solución a todas estas cuestiones pasa por establecer un procedimiento que permita al consumidor notificar la solicitud de suministro desde la propia plataforma, aplicación o página web del empresario con un simple clic en el que se haga constar, por ejemplo, la referencia del pedido y la solicitud de suministro, o incluso desde el propio correo electrónico de confirmación facilitar un enlace que permita realizar la solicitud. Y dado que el empresario ha incurrido ya en un retraso con carácter previo a ser requerido por el consumidor, sería aconsejable que se establezca un plazo para cumplir una vez que el consumidor ha pedido al empresario que realice el suministro, siempre y cuando las partes no hayan pactado un plazo distinto de forma expresa.

b) Resolución del contrato inmediata.

Mientras el apartado 2 del artículo 13 de la Directiva 2019/770 prevé la excepción a lo dispuesto en el apartado 1. Este último no resultará aplicable y el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de forma inmediata, es decir, sin necesidad de pedir al empresario que proceda al suministro de los contenidos o servicios digitales en dos circunstancias.

La primera, tiene lugar cuando el empresario haya declarado que no va a suministrar los contenidos o servicios digitales o bien si de las circunstancias del caso se desprende claramente que así será.

La segunda se produce si consumidor y empresario han acordado, o se desprenda así de forma clara que de las circunstancias que concurren en la celebración del contrato, que para el consumidor es esencial que el suministro tenga lugar en un momento determinado y el empresario no proceda al suministro de los contenidos o servicios digitales dentro de dicho momento.

c) Efectos comunes a la resolución con requerimiento previo del consumidor y a la resolución inmediata.

Siempre que el consumidor opte por resolver el contrato de acuerdo con lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 13 Directiva 2019/770 procede aplicar el apartado 3 de este que prevé la aplicación de los arts. 15 a 18 de la Directiva 2019/770 sobre el ejercicio del derecho de resolución del contrato son estudiadas más adelante.

- d) Régimen aplicable en supuesto de incumplimiento de suministro de contenidos digitales en soporte material.

Por remisión del artículo 3.3 de la Directiva 2019/770, el artículo 13 de la misma no resulta aplicable a aquellos contenidos digitales cuyo suministro se realice sobre un soporte material, con la precisión de que dicho soporte sirva de forma exclusiva para el porte del contenido digital. Es decir, si un consumidor adquiere un CD de música en formato físico, por ejemplo, a través de una página web, y el empresario no procede a la entrega en el domicilio indicado por el consumidor, éste último no podrá acudir a las medidas previstas en el artículo 13 Directiva 2019/770.

En estos supuestos, de acuerdo con el considerando 20 de la Directiva 2019/770 resultan de aplicación las disposiciones previstas en la Directiva 2011/83 relativas a la obligación de entrega de bienes y las medidas correctoras previstas en caso de que se produzca un incumplimiento en la entrega por parte del empresario⁽⁵⁴⁷⁾. En el mismo sentido ocurre cuando nos referimos al derecho de desistimiento y a la naturaleza del contrato en virtud del cual se suministran dichos contenidos digitales en un soporte material.

La Directiva 2011/83 a través de su artículo 18 fija el régimen de entrega aplicable a los contenidos digitales suministrados en soporte material. El apartado 1 del citado artículo establece que el empresario debe entregar el soporte material que contenga el

⁽⁵⁴⁷⁾ La aplicación de la Directiva 2011/83/UE a este tipo de contenidos determina un régimen que resulta más favorable para el suministrador del previsto en la Directiva 2019/770 para los contenidos y servicios digitales suministrados *online* que se caracteriza por un marcado carácter proteccionista del consumidor a la vez que favorece la competencia dentro del mercado, a este respecto, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, cit. p. 50.

contenido digital sin demora indebida y en todo caso en un plazo máximo de 30 días desde la celebración del contrato, salvo que las partes alcancen un acuerdo en contrario sobre el plazo de entrega.

Asimismo, el artículo 18.2 de la Directiva 2011/83 fija que, si se produce un incumplimiento en la entrega por parte del empresario, el consumidor debe emplazarlo para que proceda a la misma en un nuevo plazo adicional que se adecue a las circunstancias. Si practicado el emplazamiento el empresario no realiza la entrega, el consumidor tendrá entonces derecho a resolver el contrato. El emplazamiento al empresario no será necesario cuando este haya rechazado proceder a la entrega del soporte material que contiene el contenido digital, o cuando el plazo de entrega sea esencia de acuerdo con las circunstancias del contrato o si el consumidor se lo ha comunicado al empresario con carácter previo a la celebración del contrato, tanto que es esencia en unan fecha concreta o con anterioridad a una determinada. En estos supuestos, si el empresario no cumple con la entrega el consumidor podrá proceder a la resolución del contrato de manera inmediata.

Llevada a cabo la resolución del contrato, el empresario debe reembolsar al consumidor todas las cantidades abonadas sin que se produzca demora alguna de acuerdo con el artículo 18.3 de la Directiva 2011/83.

Además, el artículo 18.4 de la Directiva 2011/83 deja abierta la puerta a que el consumidor recurra a otras soluciones previstas en su legislación nacional como, por ejemplo, la indemnización por daños y perjuicios.

CONCLUSIONES.

L'oggetto di studio di questo lavoro si concentra sulla protezione concessa al consumatore o all'utente che acquisisce contenuti e servizi digitali ai sensi della direttiva 2019/770, in particolare quando c'è un difetto di conformità.

A tal fine, l'obiettivo dello studio era: in primo luogo, giustificare la necessità di una regolamentazione specifica del contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali; in secondo luogo, capire i tratti caratteristici del contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali; in terzo luogo, studiare i diversi requisiti di conformità della fornitura e, infine, in quarto luogo, le misure correttive disponibili per i consumatori in caso di mancanza di conformità della fornitura. Così, attraverso i diversi punti, si è cercato di scomporre e specificare il grado di protezione offerto ai consumatori e agli utenti di contenuti e servizi digitali, con i loro vantaggi e svantaggi e le possibili soluzioni ai problemi che possono sorgere.

Prendendo come punto di partenza i dati e le statistiche utilizzate nell'ambiente dell'Unione Europea, è chiaro che c'è stata una crescita dilagante del numero di contratti conclusi tra imprese, consumatori e utenti in cui l'oggetto è la fornitura di contenuti o servizi digitali. Questa tendenza continuerà a crescere considerevolmente nei prossimi anni, poiché si prevede che il mercato dei contenuti e dei servizi digitali continuerà a crescere in termini di numero di attori, di fatturato e di nuovi tipi di contenuti e servizi digitali che emergeranno come risultato della continua evoluzione tecnologica. Per tutte queste ragioni, la necessità del regolamento previsto dalla direttiva 2019/770 è più che giustificata, anche se si riferisce solo, come suggerisce il nome, ad alcuni aspetti del contratto.

La direttiva 2019/770 è riuscita a far luce e ad evidenziare una serie di concetti e situazioni che non erano state considerate fino ad allora. Ha portato a una vera e propria modernizzazione del diritto dei consumatori e a sua volta ad un aumento della tutela dei consumatori e degli utenti che acquistano contenuti e servizi digitali. Tutto ciò ha portato alla sostituzione del regolamento che si applicava precedentemente a tali forniture, anche se non era adattato o progettato per soddisfare le esigenze del consumatore o dell'utente che acquisisce contenuti e servizi digitali. Inoltre, importanti innovazioni sono state incorporate nel diritto contrattuale europeo nonostante la continuità dei concetti. In altre parole, si basa su concetti chiave per il diritto contrattuale aggiungendo una serie di innovazioni specifiche legate alla digitalizzazione del mercato e ai contenuti o servizi digitali inclusi nel suo campo di applicazione.

Il legislatore europeo ha cercato di evitare che tali sviluppi tecnologici superino la regolamentazione creando una direttiva “a prova di futuro”, ridefinendo concetti più ampi che possono essere adattati alle innovazioni future. Anche se la direttiva 2011/83 aveva fatto un piccolo riferimento solo al concetto di “contenuto digitale”, non aveva descritto come questo concetto dovrebbe essere applicato nel campo emergente degli sviluppi tecnologici e l'impatto sul consumatore.

La nuova direttiva definisce il concetto di “contenuto digitale” come dati prodotti e forniti in formato digitale. Il concetto di “servizio digitale” è definito come l'insieme di quei servizi che permettono al consumatore o all'utente di creare, elaborare, conservare o consultare dati in formato digitale. Questi servizi permettono la condivisione, anche in formato digitale, di dati caricati o creati dal consumatore o da altri utenti e che possono interagire con tali dati.

Per quanto riguarda la natura giuridica del contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali, questa non è stata determinata con precisione dalla direttiva 2019/770, ma il legislatore europeo ha lasciato a ciascuno Stato la facoltà di decidere la tipologia del contratto. In altre parole, a seconda delle circostanze, può essere una compravendita, un contratto di servizio, una permuta, un noleggio, ecc. È rivelatore di questa posizione il fatto che la direttiva 2019/770 si riferisce sempre all'operatore economico che fornisce il servizio e mai coinvolge il venditore, il locatore, ecc. Pertanto, i significati e le possibilità sono svariati e spetta a ogni Stato membro determinare la natura del contratto con le caratteristiche che possono corrispondere a ciascuno di essi, il che può senza dubbio portare a differenze a seconda dello Stato in cui il consumatore acquista un determinato contenuto o servizio digitale.

Anche se la direttiva 2019/770 ha un ampio ambito oggettivo quando si riferisce ai contenuti e ai servizi digitali e ha cercato di delimitare i concetti, in realtà e specificamente nell'ambiente digitale ci sono molte possibilità di stabilire relazioni tra consumatori, utenti e imprenditori. Per questo motivo, sono state previste alcune esclusioni che, nella maggior parte dei casi, hanno un proprio regolamento.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, la direttiva 2019/770 non contiene dubbi o sorprese. Da un lato, c'è il consumatore e l'utente, dall'altro l'operatore economico che fornisce il servizio. I concetti di consumatore, utente e imprenditore, essendo stati oggetto di intensi e vasti dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, non sono stati analizzati in profondità, ma hanno permesso lo studio della figura del «navigatore», o come alcuni settori della dottrina hanno chiamato il consumatore non consumatore, che nasce come

conseguenza della sua esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione della direttiva 2019/770.

Un navigatore è una persona che, pur soddisfacendo perfettamente i requisiti della definizione di consumatore, agisce per fini estranei alla sua attività commerciale, commercio o professione e ha accesso ai contenuti e ai servizi digitali forniti dall'imprenditore, ma non ha tuttavia l'intenzione di stipulare un contratto. La ragione della sua esclusione dalla direttiva 2019/770 risiede nel fatto che il navigatore non paga un prezzo per il contenuto digitale o i servizi di cui fa uso, ma fornisce dati personali che sono strettamente necessari all'operatore economico per realizzare la fornitura. Pertanto, il navigatore accede al contenuto o al servizio digitale in modo veramente gratuito, a differenza di altri contratti che rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2019/770, in cui la fornitura di contenuti e servizi digitali viene effettuata fornendo più dati di quelli strettamente necessari e in cui si può già dire che c'è un costo per il consumatore o utente.

Questa questione potrebbe essere considerata l'aspetto più controverso e dibattuto della direttiva 2019/770 nella dottrina. Il dibattito ruota intorno al consumatore che acquista un contenuto o un servizio digitale e non paga un prezzo per esso, ma piuttosto fornisce all'imprenditore dati personali che vanno oltre lo stretto necessario. Questo soggetto è considerato un consumatore o un utente ai sensi della direttiva 2019/770, e quindi troverà e beneficerà della protezione che concede. Tuttavia, la dottrina è stata molto critica nei confronti della possibilità di ottenere un contenuto o un servizio digitale attraverso la fornitura di dati personali, e persino lo stesso Garante europeo della protezione dei dati è stato riluttante a utilizzare i dati personali come forma di pagamento, poiché le informazioni personali

del consumatore non possono essere paragonate a un prezzo o al denaro e non possono essere considerate una merce. Così, di fronte a una valanga di critiche, il legislatore europeo ha scelto di eliminare la parola “contraprestazione” e di usare invece la parola “agevolazione”. Questo non risolve realmente il problema, poiché i dati sono ancora dati all'imprenditore e la stessa direttiva 2019/770 continua a riconoscere la possibilità per il consumatore di utilizzare i suoi dati personali come forma di pagamento per ottenere qualcosa in cambio. Nonostante queste considerazioni e sebbene la protezione dei dati personali si configuri come un diritto fondamentale, non bisogna trascurare che nulla impedisce al consumatore o all'utente di avere la sfaccettatura economica dei propri dati personali, come avviene in altre circostanze in cui si ottiene un profitto economico sfruttando, tra gli altri, il diritto alla propria immagine o alla privacy. Se è vero che i dati personali considerati individualmente hanno un valore molto basso, quando si parla di grandi aziende che raccolgono dati su milioni di persone, il valore dell'insieme è molto alto e quindi hanno la capacità di influenzare il mercato. Così, sorge un nuovo problema perché il legislatore europeo non ha dato ai consumatori la possibilità di dare un valore ai dati personali che forniscono, ma riconosce solo la possibilità di utilizzarli per realizzare un contratto a titolo oneroso, che sarà protetto dalle garanzie previste dalla direttiva 2019/770. Così, si presume che i dati del consumatore abbiano un valore equivalente allo specifico contenuto o servizio digitale, indipendentemente da chi sia la persona che lo acquisisce.

A questo si deve aggiungere che nella pratica, il consumatore di solito non è consapevole del valore economico dei dati personali, soprattutto se il fornitore stesso fa apparire il suo contenuto o servizio come gratuito. Per questo motivo, in molte occasioni il consumatore o

l'utente capisce che sta ricevendo il contenuto digitale o il servizio richiesto gratuitamente quando in realtà sta consegnando un insieme di dati personali all'imprenditore, tutto ciò porta il consumatore a pensare inconsciamente di non avere alcun tipo di diritto o garanzia di fronte all'apparente gratuità del contenuto o del servizio fornito, scoraggiandolo così, per ignoranza, dal reclamare per danni, mancanza di conformità, ecc. Si tratta di una questione che sarà senza dubbio problematica nella pratica e fonte di numerose decisioni giudiziarie.

Nonostante il notevole sforzo compiuto dal legislatore europeo per stabilire un quadro giuridico per il contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali e la grande importanza del lavoro svolto, gli aspetti armonizzati del contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali non spiccano per la loro ampiezza, poiché lo sfondo della direttiva 2019/770 si riferisce ad aspetti molto specifici, in particolare, alla conformità e alle conseguenze derivanti dalla sua assenza, materia che è stata regolata in modo approfondito, prendendo come fonte di ispirazione la Direttiva 1999/44 e la CESL.

Ci sono due questioni molto rilevanti quando si tratta della questione della conformità che la Direttiva 2019/770 ha affrontato per accogliere il sistema di misure correttive: da un lato, c'è la forma e dall'altro, le modalità di fornitura. È essenziale distinguere bene tra i due, perché i nomi usati possono portare a confusione. La forma di fornitura può riferirsi alla fornitura online, che si realizza *online*, o alla fornitura *offline*, che è la fornitura che si realizza con l'intervento di un supporto materiale, a condizione che questo supporto sia utilizzato esclusivamente per fornire il contenuto digitale o il servizio. Nell'ambito delle modalità di fornitura, si può distinguere tra la fornitura mediante un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura e la fornitura per un periodo di tempo. Queste questioni

sono di grande importanza in materia di conformità, poiché la forma o il modo di fornitura determina la configurazione dell'applicazione dei rimedi per mancanza di conformità e presenta alcune particolarità alle quali il consumatore o l'utente dovrà adattarsi.

Inoltre, una serie di requisiti di conformità soggettivi e oggettivi sono stati inclusi per regolare i rimedi o le misure correttive disponibili per il consumatore o l'utente in caso di mancanza di conformità. Si tratta di un sistema gerarchico in cui il consumatore o l'utente dispone di un rimedio primario e di due rimedi secondari. In ogni caso, questi rimedi si escludono a vicenda e non si possono esercitare più rimedi contemporaneamente. Inoltre, sono alternative; una misura di un ordine gerarchico inferiore non può essere scelta se il rimedio primario ha successo.

Il primo rimedio a disposizione del consumatore o dell'utente consiste nel ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, stabilendo questa misura correttiva come l'opzione preferita. Non è un rimedio con due opzioni come nel caso della direttiva 2019/771, che si riferisce ai beni e prevede la riparazione o la sostituzione come rimedio principale. La direttiva 2019/770 non prevede espressamente tali possibilità, ma nemmeno le esclude. Di fatto, nella pratica, questo sarà ciò che accade realmente, dato che spetta all'imprenditore scegliere il modo in cui eseguire il ripristino della conformità, e per farlo, nella maggior parte dei casi aggiornerà il contenuto digitale o il servizio, che può essere considerato equivalente a una riparazione, oppure procederà a rinviare il contenuto digitale, che sarà equivalente a una sostituzione. Tuttavia, è positivo che le opzioni del datore di lavoro non siano limitate alla riparazione o alla sostituzione, poiché la diversità dei contenuti e dei servizi digitali significa che il fornitore può avere opzioni specifiche per il suo

prodotto che sono meno costose o più veloci da implementare. In ogni caso, il diritto di esigere il ripristino della conformità non può in nessun caso essere considerato illimitato o assoluto, ma ci sono una serie di limitazioni che prendono la forma di impossibilità e sproporzione, che senza dubbio salvaguardano gli interessi dell'operatore economico.

Nei casi in cui non è possibile rendere il contratto conforme attraverso il rimedio primario, il consumatore o utente ha a sua disposizione i rimedi secondari, che sono la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto. La riduzione del prezzo è probabilmente il rimedio meno problematico, poiché è facile da attuare, con caratteristiche diverse nell'esecuzione a seconda che si tratti di un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura o che si tratti di una fornitura continua per un periodo di tempo. Questa differenziazione è essenziale poiché la parità di trattamento non sarebbe ammissibile nei casi in cui la fornitura fosse erogata in un'unica soluzione. Quelle sono fatte in modo continuo durante un periodo di tempo e in cui il consumatore o l'utente ha fatto uso del contenuto digitale o del servizio in conformità con il contratto, anche se solo per un breve periodo di tempo.

La particolarità principale nel settore dei contenuti o servizi digitali è che la misura correttiva della riduzione del prezzo non si applica quando sono stati forniti dati personali invece di un prezzo monetario. Non sarebbe ammissibile che l'imprenditore debba rimborsare un importo monetario che non ha ricevuto, e si porrebbe di nuovo il problema della quantificazione dei dati personali. In questi casi, l'unico rimedio secondario sarebbe la risoluzione del contratto, anche se il difetto di conformità è di minore importanza, altrimenti un rimedio secondario sarebbe precluso, e avendo fallito il rimedio

primario, le possibilità di rimediare al difetto di conformità decadrebbero.

L'altra misura correttiva di natura secondaria è la risoluzione del contratto, che può essere considerata la più drastica tra quelle a disposizione del consumatore o utente che acquisisce contenuti e servizi digitali. La conseguenza diretta dell'esecuzione di questa misura è la risoluzione del contratto e con essa la restituzione reciproca dei servizi forniti dalle parti coinvolte. Questo effetto restitutorio è di particolare importanza nel settore dei contenuti e dei servizi digitali, dove un approccio tradizionale alla restituzione può essere inappropriato, poiché la fornitura di dati in forma digitale non dà l'idea che ci sia qualcosa da restituire. Non ha senso, per esempio, che il consumatore restituisca al fornitore il file digitale ricevuto. Inoltre, è relativamente facile fare copie del contenuto digitale, il che rende indubbiamente molto difficile terminare il contratto in modo corretto; quindi, è necessario che i fornitori prendano misure aggiuntive che possano impedire sia la copia che l'uso del contenuto digitale o del servizio dopo che il contratto è stato terminato. Una questione diversa si pone in quei contratti in cui la fornitura è stata fatta tramite la consegna di un mezzo materiale e dove questo può essere restituito come se fosse una merce.

La sussidiarietà della risoluzione come misura correttiva è pienamente giustificata, poiché è ragionevole che la risoluzione del contratto non soddisfi gli interessi del consumatore o dell'utente che acquista il bene, né quelli del fornitore, che si troverà con la perdita di una transazione commerciale. Ciò che è indiscutibile è che la possibilità per il consumatore o l'utente di chiedere il corrispondente risarcimento dei danni subiti a causa del difetto di conformità rimanga

inalterata, e a tal fine debba ricorrere alla legislazione dello Stato membro a cui appartiene.

La direttiva 2019/770 ha effettuato una regolamentazione approfondita delle misure correttive in caso di mancanza di conformità, anche se non ha evitato di generare un certo tipo di incertezza su alcune questioni in particolare. Uno dei maggiori rischi di questa direttiva in ambito digitale è che il consumatore o l'utente scelga di non beneficiare dei diritti concessi loro, dato che in molte occasioni, i contenuti o i servizi digitali hanno un valore economico molto basso, ed è probabilmente più facile acquisirli da un altro fornitore che avviare una denuncia, soprattutto se si considera che è stata stabilita la possibilità di acquisirli fornendo dati personali, che per alcuni consumatori o utenti avranno un valore trascurabile e non avranno problemi a fornirli a chiunque dia loro in cambio ciò che vogliono. Sarebbe quindi necessario prevedere meccanismi più semplici, rapidi ed efficaci che non impediscano ai consumatori o agli utenti di lamentarsi quando c'è una mancanza di conformità.

In conclusione, il regime introdotto dalla direttiva 2019/770 deve essere considerato positivamente per l'introduzione della regolamentazione, definendo concetti che non erano stati sviluppati in precedenza nella sfera giuridica digitale e portando importanti cambiamenti al nuovo quadro di protezione dei consumatori e degli utenti.

Tuttavia, nonostante sia stato sviluppato “a prova di futuro” secondo le parole del legislatore europeo, è più che prevedibile che nei prossimi anni, come conseguenza diretta dello sviluppo tecnologico e dell'intelligenza artificiale, emergeranno nuovi contenuti e servizi digitali che saranno difficili da inserire nel regolamento attuale. Ciò significa che non si può escludere che l'affermazione “a prova di

futuro” sia minata nel breve o medio termine, il che richiederà al legislatore di adattare e aggiornare la regolamentazione del contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali. Tali aggiornamenti dovrebbero iniziare ad essere presi in considerazione ora, al fine di garantire che il divario tra lo sviluppo tecnologico e la regolamentazione sia il più piccolo possibile, nell'interesse della continua protezione dei consumatori e degli utenti.

BIBLIOGRAFÍA.

ADIEGO RODRÍGUEZ, J., “Problemática informática de la protección de obras digitales protegidas”, en MATA Y MARTÍN, R. M., JAVATO MARTÍN, A. M. (eds.) *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, La Ley, 2011, pp. 25-62.

AGUILERA RUIZ, L., “La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770”, en *La Ley Unión Europea*, vol. 75, 2019 (La Ley 13467/2019), fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

ALMEIDA ALVES, M., “Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are worlds colliding?”, en *UNIO - EU Law Journal*, vol. 5 (2), 2019, pp. 34-42, fecha de consulta 8 febrero 2021, en <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/2290>.

ALPA, G., “Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell’Unione Europea”, en *Contratto e Impresa*, vol. 35 (3), 2019, pp. 825-830, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>.

ALPA, G.; CARNEVALAI, F.; DI GIOVANNI, G.; GHIDINI, G.; RUFFOLO, U.; VERARDI, M., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi (D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224)*, vol. 32 Leggi commentate, Giuffrè Editore, Milano, 1990.

APARICIO VAQUERO, J. P., “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, InDret, Barcelona, 2016.

AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, en GARCÍA GARCÍA, L. M. y DE LEÓN ARCE, A. (ed.) *Derecho de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1633-1772.

BASUNTI, C., “La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali”, en *Contratto e Impresa*, vol. 36 (2), 2020, pp. 860-895, fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>.

BECH SERRAT, J. M., “Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2010, fecha de consulta 21 abril 2020, en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/697_es.pdf.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (eds.), “Comentario al artículo 3 TRLGDCU”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 55-70.

BIANCA, C. M., “La vendita dei beni di consumo, i diritti del consumatore stabiliti all’art. 130, commi 1° - 6°, del D.Lgs. 6 settembre 2005, N. 206”, *Le nuove leggi civili commentate*, vol. 29 (2), 2006, pp. 317-581.

CALVO, R., “L’attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita”, *Contratto e Impresa*, vol. 2, 2000, pp. 463-488.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Art. 3”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.15”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, 2016, fecha de consulta 8 noviembre 2019, en <http://www.indret.com/pdf/1242.pdf>.

CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, InDret, Barcelona, 2016.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos”, en CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J. A. (eds.) *El mercado digital de la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2019.

CÁMARA LAPUENTE, S., “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 11, 2014, pp. 79-167.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular, en contratos con consumidores)”, en LAUROBA LACASA, E., TARABAL BOSCH, J. (eds.) *El Derecho de Propiedad en la construcción del Derecho Privado Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 325-361.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, pp. 838-862, fecha de consulta 8 febrero 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5226>.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, pp. 838-862.

CAMARDI, C., “Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali”, *Giustizia Civile*, vol. 3, 2019, pp. 499-523.

CAPILLI, G., “Las garantías en la venta de consumo”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LX (IV), BOE, Madrid, 2007, pp. 1679-1728.

CAPOBIANCO, E., “Art. 3”, en CAPOBIANCO, E., PERLINGIERI, G., MEZZASOMA, L. (eds.) *Codice del consumo, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

CARRASCO PERERA, A., “Consumidor que reclama judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa de un bien y posibilidad judicial de conceder una reducción adecuada del precio”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, fecha de consulta 5 marzo 2020, en <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/compraventas/12.pdf>.

CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005.

CASTILLO PARRILLA, J. A., *Bienes digitales. Una necesidad europea*, Dykinson, Madrid, 2018.

CASTILLO PARRILLA, J. A., “El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de Diciembre”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 17, 2016, pp. 45-61.

CIATTI, A., “L’ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo”, en *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, pp. 433-443.

CILLERO DE CABO, P., “Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *Estudios sobre consumo*, vol. 57, 2001, pp. 147-170.

CLAEYS, I.; VANCOILLIE, J., “Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts”, en TERRY, E., CLAEYS, I. (eds.) *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 167-232.

COMISIÓN EUROPEA, *Annual report on European SMEs 2018/2019. Research & Development and Innovation by SMEs*, Bruselas, 2019, fecha de consulta 18 junio 2019, en https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/performance-review_en.

COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on*

certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, Bruselas, 2015.

COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 6 de Mayo de 2015, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, [Bruselas, Com (2015) 192 Final]”, 2015, fecha de consulta 22 abril 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>.

COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Agenda Digital para Europa. COM/2010/0245 final”, 2010, fecha de consulta 29 abril 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245>.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, Bruselas, 6.5.2015 (COM (2015) 192 final)*, fecha de consulta 13 marzo 2019, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>.

COMISIÓN EUROPEA, “Documento de orientación de la DG justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, 2014, fecha de consulta 9 marzo 2019, en https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumers/consumer-contracts-law/consumer-rights-directive_en.

COMISIÓN EUROPEA, “Documento de orientación de la DG justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”, 2014, fecha de consulta 30 abril 2020, en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_es_updated.pdf.

COMISIÓN EUROPEA, *La UE y el Mercado Único Digital*, 2017, fecha de consulta 19 junio 2019, en <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/digital/es/>.

COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*, Bruselas, 2017, fecha de consulta 13 abril 2019, en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf.

COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. COM(2010)348 final”, Bruselas, 2010, fecha de consulta 30 abril 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:ES:PDF>.

COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo”, *Diario oficial de la Unión Europea*, vol. C61, 2007, fecha de consulta 3 mayo 2020, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007XC0315\(04\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007XC0315(04)&from=ES).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Expediente interinstitucional: 2015/0287 (COD)”, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8614_2019_INIT&from=EN.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “La UE adopta nuevas normas en materia de contratos de compraventa de bienes y contenidos digitales”, fecha de consulta 28 septiembre 2020, en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/04/15/eu-adopts-new-rules-on-sales-contracts-for-goods-and-digital-content/>.

CORAPI, D., “La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?”, en AA. VV. (ed.) *L’attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell’acquirente di beni di consumo. Atti del Convegno internazionale del 14 e 15 settembre 2001*, Cedam, Padova, 2002.

CORDÓN MORENO, F., “La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 8, 2013, pp. 489-495.

CORVO LÓPEZ, F. M., “Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la

luz de la Directiva (UE) 2019/771”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, pp. 118-169, fecha de consulta 3 mayo 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5183/3652>.

CUFFARO, V.; BARBA, A.; BARENGHI, A., *Codice del consumo*, 2, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000.

DE FRANCESCHI, A., “The changing shape of EU private law in response to digital innovation”, en CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J. A. (eds.) *El mercado digital de la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2019, pp. 71-85.

DE NOVA, G., “Sub art. 1519 bis”, en ALPA, G. (ed.) *L'acquisto di beni di consumo : D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Ipsoa, Milano, 2002.

DELOGU, L., “I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma.”, en *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, pp. 489-504.

DI MAIO, A., “Il sistema dei rimeri: risoluzione del contratto, riduzione del prezzo e pretesa risarcitoria”, en AA. VV. (ed.) *L'attuazione della Direttiva 99/44/Ce in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabuchi.*, Cedam, Padova, 2002.

DÍAZ ALABART, S., “Dos cuestiones en torno a la protección del consumidor en la compraventa de productos de consumo: la garantía

del producto sustituto y la del producto que se obsequia con la compra de otro”, *Aranzadi Civil*, vol. 2, 2008, pp. 2361-2376.

DÍAZ ALABART, S., “La protección del consumidor en la compraventa: la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *Legislación civil (2000-2006): análisis crítico. Estudios de Derecho Judicial*, vol. 116, 2007, pp. 93-129.

DÍAZ ALABART, S.; MORENO ÁLVAREZ, M. T. (eds.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, REUS, Madrid, 2014.

DÍEZ-PICAZO, L., “Contratos de consumo y derecho de contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX (1), BOE, Madrid, 2006, pp. 11-28.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, 2005.

DÍEZ-PICAZO L., “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LVI (4), BOE, Madrid, 2003, pp. 1565-1574.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A, *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual.*, Tecnos, Madrid, 2001.

DISQUE, L. Y HECHT, H., “Beyond quill and congress: the necessity of sales tax enforcement and the invention of a new approach”, en

American University Law Review, vol. 65, Washington, 2016, pp. 1163-1194.

DOMINGUEZ LUELMO, A., “Contratación electrónica con consumidores”, en MATA MARTÍN, R. M., JAVATO MARTÍN, A. M. (eds.) *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Comares, Granada, 2007.

EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 2, 2010.

EUROPE ECONOMICS, *Digital Content Services for Consumers: Assessment of Problems Experienced by Consumers (Lot 1) Report 4: Final Report*, London, 2011, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2e2776a3-7a16-45c4-ac12-6a263521a714/language-en/format-PDF/source-118127875>.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, fecha de consulta 12 mayo 2020, en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en_1.pdf.

FADDA, R., “Il contenuto della direttiva 1999/44/CE; una panoramica.”, *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, pp. 410-431.

FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, *Workshop of JURI-Committee of the European Parliament*, 2016, fecha de consulta 7 marzo 2020, en

http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/bb43b895-f66a-4c00-9994-80253aaf17c4/pe_536.495_en_all__for_print.pdf.

FEBBRAJO, T., “La tutela del consumatore dopo la stipula del contratto: le garanzie nella vendita di beni di consumo”, en FEBBRAJO, T. (ed.) *Manuale di diritto dei consumatori e dei risparmiatori*, Università di Macerata, Macerata, 2017.

FENOY PICÓN, N., “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores”, en *Anuario Derecho Civil*, vol. LXII (I), BOE, Madrid, 2009, pp. 211-334.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, F.; TORRES PÉREZ, F., “Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios”, en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. (eds.) *La defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª, Iustel, Madrid, 2011, pp. 57-115.

FERRANTE, A., “Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 35, 2018, pp. 165-201.

FOLLIERI, L., “I remedi per la consegna di un bene non conforme”, en VETTORI, G. (ed.) *Codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007.

FUENTESECA DEGENEFFE, C., *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española*, La Ley, Madrid, 2007.

GARCÍA HERRERA, V., “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, vol. 1, 2020.

GARCÍA PÉREZ, R. M., “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175-208.

GARCÍA RUBIO, M. P., “Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)”, en *Anuario Derecho Civil*, vol. LXVI (I), BOE, Madrid, 2013, pp. 323-337.

GARCÍA VICENTE, J. R., “La contratación con consumidores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., QUICIOS MOLINA, S., MORALEJO IMBERNÓN, N. (eds.) *Tratado de contratos*, vol. II, 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1629-1790.

GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997.

GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., “Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL”, en CARRASCO PERERA, A. (ed.) *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz, Tomo I*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 753-763.

GEIREGAT, S.; STEENNOT, R., “Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity”, en TERRY, E., CLAEYS, I. (eds.) *Digital Content and*

Distance Sales: New Developments at EU Level, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 95-166.

GÓMEZ POMAR, F., “El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 4, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://indret.com/el-nuevo-derecho-europeo-de-la-venta-a-consumidores-una-necrologica-de-la-directiva-1999-44/>.

GSELL, B., “Article 14 Remedies for lack of conformity”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 241-271.

GSELL, B.; ARALDI, R., “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2), 2020, pp. 475-495, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5617>.

HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “La propiedad de los datos personales. ¿Los datos como moneda de cambio?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, vol. 88-89, 2020, pp. 44-55.

HOWELLS, G.; WILHELMSSON, T.; TWIGG-FLESNER, C., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London, 2017.

JACQUEMIN, H., “Digital content and consumer protection within European law”, en *The 8th international workshop for technical, economic and legal aspects of business models for virtual goods : incorporating the 6th international ODRL workshop, September 30th-*

October 1st 2010 Namur, Belgium, Presses universitaires de Namur, Namur, 2010, pp. 41-57.

JUÁREZ TORREJÓN, A., *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

LASHERAS ROMERO, C., “La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 35, Aranzadi, 2014, pp. 213-238.

LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

LLAMAS POMBO, E., “De nuevo sobre el llamado daño moral. Algunos apuntes para la reflexión”, en SANTOS MORÓN, M. J., MERCADER UGUINA, J. R., DEL OLMO GARCÍA, P. (eds.) *Nuevos retos del Derecho de Daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 23-44.

LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

LODDER, A. R.; MURRAY, A. D., “The European Union and e-commerce”, en *EU regulation of e-commerce*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017.

LOOS, M., “The regulation of digital content B2C contracts in CESL”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 3 (3), 2014, pp. 146-159.

LOOS, M.; GUIBAULT, L.; MAK, C.; PESSERS, L.; CSERES, K. J.; VAN DER SLOOT, B.; Y OTROS, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of*

consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts, Amsterdam, 2011, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://hdl.handle.net/11245/1.345662>.

LOOS, M.; HELBERGER, N.; GUIBAULT, L.; MAK, C., “Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 36 (1), 2013, pp. 37-57.

LOOS, M.; HELBERGER, N.; GUIBAULT, L.; MAK, CHANTAL, “The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law”, *European Review of Private Law*, vol. 6, 2011, pp. 729-758, fecha de consulta 8 marzo 2019, en https://www.researchgate.net/publication/241858415_The_regulation_of_digital_content_contracts_in_the_Optional_Instrument_of_contract_law.

LÓPEZ ALFONSO, F., “Conformidad de los bienes muebles en la compraventa de consumo. Régimen del Título IV del TRLGDCU”, en *La compraventa de bienes de consumo: régimen de garantías*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018 (LA LEY 20163/2017), fecha de consulta 13 mayo 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. J., “Retos e implicaciones de la integración económica en Asia-Pacífico”, en *Relaciones internacionales*, vol. 29, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2015, pp. 133-152.

LÓPEZ MAZA, S., “Comentario al artículo 59 bis TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 791-820.

LUCCHINI GUASTALLA, E., “La tutela del consumidor en la compra y venta de bienes de consumo”, en ALPA, G. (ed.) *Seminari di aggiornamento professionale (2005). Rassegna forense. Quaderni.*, Giuffrè Editore, 2005, pp. 461-475.

LUMINOSO, A., “Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE”, *Rivista Diritto Civile*, vol. 47 (6), 2001, pp. 837-862.

LUMINOSO, A.; MARINO, B., “Garanzie nella vendita dei beni di consumo”, en GALGANO, F. (ed.) *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia*, vol. 31, Cedam, Padova, 2003.

MACARIO, F., “Brevi considerazioni sull’attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo”, *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 6 (1), 2001, pp. 143-153.

MAK, V., “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, *Workshop of JURI-Committee of the European Parliament*, 2016.

MALLO MONTOTO, D., *La difusión en Internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, REUS, Madrid, 2018.

MANKO, R., *Contract law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law?*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2015, fecha de consulta 29 abril 2020, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRS_IDA\(2015\)568322_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRS_IDA(2015)568322_EN.pdf).

MANKO, R., *Contracts for supply of digital content to consumers*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2016, fecha de consulta 7 mayo 2020, en

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581980/EPRS_BRI\(2016\)581980_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581980/EPRS_BRI(2016)581980_EN.pdf).

MARCO MOLINA, J., “La garantía legal sobre bienes de consumo en 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”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 674, 2002, pp. 2275-2348.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 116 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1714.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 117 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1715-1724.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 119 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1733-1745.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 120 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1745-1761.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 121 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1761-1770.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 122 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1771-1774.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, vol. 9461, 2019 (La Ley 8329/2019), fecha de consulta 4 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa. Comentario a los arts. 125 a 127”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1809-1842.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017”, *Publicaciones jurídicas. Centro de Estudios de Consumo*, 2017, fecha de consulta 3 octubre 2019, en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_condicion_de_consumidor_en_los_contratos_con_doble_finalidad.pdf.

MARÍN LÓPEZ, M. J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su*

incorporación en los Estados miembros, vol. I, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *Actualidad Civil*, vol. 12 (1), 2007, p. 1381.

MARTÍN ARESTI, P., “Título V. Garantías y servicios posventa”, en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. (eds.) *La defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1687-1808.

MARTINEZ DEL TORO, S., “Responsabilidad civil por productos defectuosos vendidos”, en *Práctica derecho de daños: revista de responsabilidad civil y seguros*, vol. 133, Wolters Kluwer, 2017.

MARTINEZ ESPÍN, P., “Claves de la Directiva de suministro de contenidos y servicios digitales (Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019)”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2019, fecha de consulta 3 septiembre 2020, en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Claves_de_la_directiva_de_suministro_de_contenidos_y_servicios_digitales.pdf.

MARTINEZ ESPÍN, P.; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., “Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, *Estudios sobre consumo*, vol. 52, 2000, pp. 125-146.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.; SANCHO LÓPEZ, M., “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2018, fecha de consulta 5 diciembre 2019, en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1371.pdf>.

METZGER, A., “Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?”, en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 8 (1), 2017, pp. 2-8, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4315/zech%206%20%283%29.pdf>.

METZGER, A., “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 121-140.

MEZZASOMA, L., “Il consumatore e il professionista”, en RECINTO, G., MEZZASOMA, L., CHERTI, S. (eds.) *Diritti e tutele dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

MEZZASOMA, L., “La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario).”, *Práctica Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, vol. 116, 2013, pp. 8-20.

MILÀ RAFEL, R., “Intercambios digitales en Europa: las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales.”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 17, 2016, pp. 11-44.

MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL: OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SI; MUÑOZ LÓPEZ, L.; ANTÓN MARTÍNEZ, P., *Informe anual del sector de los contenidos digitales en España 2020 (Audiovisual, cine, vídeo, música, publicaciones, videojuegos y publicidad online)*, 2020, fecha

de consulta 30 abril 2021, en https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/2021-02/InformeAnualSectorContenidosDigitalesEspa%C3%B1a2020_2.pdf.

MIRANDA SERRANO, L. M., “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, en *La Ley Mercantil, Sección Derecho Digital*, vol. 76, 2021 (La Ley 920/2021), fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

MONFORT FERRERO, M. J., “La resolución de la venta de bienes de consumo”, en *Revista Boliviana de Derecho*, vol. 27, 2019, pp. 157-187, fecha de consulta 8 mayo 2021, en <https://www.revista-rbd.com/articulos/2019/27/158-187.pdf>.

MORAIS CARVALHO, J., “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, pp. 930-940, fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5230>.

MORAIS CARVALHO, J., “Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 31-48.

MORAIS CARVALHO, J., “Sale of goods and supply of digital content and digital services - overview of directives 2019/770 and 2019/771”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8 (3), 2019, fecha de consulta 9 diciembre 2019, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428550.

MORAIS CARVALHO, J., “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais - As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *Revista Electrónica de Direito*, vol. 20 (3), 2019, pp. 63-87.

MOSCOSO TORRES, P. J., “El régimen legal de las garantías en la venta de bienes de consumo”, *Manuales de formación continuada (Consejo General del Poder Judicial)*, vol. 34, 2005, pp. 727-860.

NIETO ALONSO, A., “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX (III), BOE, Madrid, 2006, pp. 1115-1198.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda”, *La Ley Unión Europea*, vol. 11, 2014, pp. 29-35.

ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., “Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6 (1), 2014, pp. 253-268.

PALADINI, M., “I remedi al difetto di conformità nella vendita di beni di consumo”, en TOSI, E. (ed.) *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico.*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 351-369.

PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.* (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), Bruselas, 2017, fecha de consulta 6 mayo 2020, en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_ES.html.

PASCUA MATEO, F., “Criptomonedas”, en GARCÍA MEXÍA (ed.) *Criptoderecho. La regulación del blockchain*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, fecha de consulta 26 enero 2021, en La Ley Digital 13766/2018.

PERLINGIERI, G., *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2015.

PERLINGIERI, P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

PINNA, A., “I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo.”, en *Contratto e Impresa. Europa*, vol. 5 (2), 2000, pp. 516-535.

PLANA ARNALDOS, M. C., “Los datos personales como contraprestación”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (ed.) *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618.

PORMEISTER, K., “Informed consent to sensitive personal data processing for the performance of digital consumer contracts on the example of “23andMe””, en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6 (1), 2017, pp. 17-23.

PRATS ALBENTOSA, L., “Comercio electrónico europeo de bienes y contenidos digitales: mayor armonización de los derechos de los consumidores y de los deberes de los oferentes”, en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, vol. 8703, La Ley, 2016 (La Ley 478/2016), fecha de consulta 9 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

RICCIUTO, V., “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, en *Rivista di Diritto Civile*, vol. 66 (3), 2020, pp. 642-662, fecha de consulta 4 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>.

RICCIUTO, V., “La patrimonializzazione dei dati personali. contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno”, *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, vol. 4, 2018, pp. 689-726.

ROSELLÓ RUBERT, F. M., “Condiciones generales de plataformas de música en continuo (streaming): potencial abusividad de exoneraciones y limitaciones de garantías”, en *Diario La Ley, Sección Tribuna*, vol. 9769, 2021 (La Ley 14772/2020), fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

ROSELLÓ RUBERT, F. M., “La propuesta de directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de servicios digitales no retribuidos monetariamente”, en CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J. A. (eds.) *El mercado único digital de la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2019.

ROSENKRANZ, F., “Article 9 Incorrect integration of the digital content or digital service”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 168-183.

RUMI, T., “Art. 45”, en D’AMICO, G. (ed.) *La riforma del Codice del Consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, Cedam, Padova, 2015.

SALVI, G., “Art. 56”, en CAPOBIANCO, E., PERLINGIERI, G., MEZZASOMA, L. (eds.) *Codice del consumo, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., “La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)”, en AGUIRRE ZAMORA, P. (ed.) *La compraventa, ley de garantías*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ LERÍA, R., “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 45, 2018.

SCHULZE, R., “Contratar en la era digital”, en *Working Papers Jean Monnet Chair. European Private Law. Universitat de Barcelona*, vol. 8/2018, fecha de consulta 7 febrero 2021, en http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/124048/1/WP_2018_8.pdf.

SCHULZE, R., “Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law”, en DE FRANCESCHI, A. (ed.) *European Contract Law and the Digital Single Market - The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016.

SENIGAGLIA, R., “La dimensione patrimoniale del Diritto alla protezione dei dati personali”, en *Contratto e Impresa*, vol. 36 (2), 2020, pp. 760-783, fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://www.studiolegale.leggiditalia.it/>.

SERRA RODRÍGUEZ, A., “Algunos aspectos de la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019”, en SAIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (ed.) *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SHULTE-NÖLKE, H., “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, mas allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Pamplona, 2012, pp. 63-80.

SPEZIALE, I., “La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul Mercato Unico”, *Il Corriere Giuridico*, vol. 4, 2020, pp. 441-448.

SPINDLER, G., “Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content”, en *European Review of Contract Law*, vol. 12 (3), 2016, pp. 183-217, fecha de consulta 10 febrero 2021, en <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl-2016-0012/html>.

SPINDLER, G.; SEIN, K., “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*, vol. 15 (4), 2019, pp. 365-391.

SPINDLER, G.; SEIN, K., “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply - Part 1”, *European Review of Contract Law*, vol. 15(3), 2019, pp. 257-279.

STAUDENMAYER, D., “Article 3 Scope”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 57-91.

STAUDENMAYER, D., “Article 7 Subjective requirements for conformity”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 118-131.

STAUDENMAYER, D., “Article 8 Objective requirements for conformity”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 131-168.

STELLA, G., “La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo Codice del Consumo”, en *Responsabilità civile e previdenza*, vol. 10, 2006, pp. 1589-1625.

THE EUROPEAN CONSUMER ORGANISATION, “Digital products. How to include them in the proposal for a consumer rights directive”, en *BEUC position paper*, Bruselas, 2010 (X/060/2010), fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://www.beuc.eu/publications/2010-00506-01-e.pdf>.

TOMBAL, T.; GRAEF, I.; DE STREEL, A., “Limits and Enablers of Data Sharing. An Analytical Framework for EU Competition, Data Protection and Consumer Law”, en *TILEC Discussion Paper*, 2019

(DP 2019-024), fecha de consulta 5 febrero 2021, en <https://ssrn.com/abstract=3494212>.

TORIBIO BERNÁRDEZ, L., “La fiscalidad de los ingresos que surgen por el uso de redes sociales y páginas web gratuitas (en un contexto de revisión de los impuestos sobre las grandes empresas de la economía digital)”, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión, Sección Estudios.*, vol. 52, 2019 (La Ley 7918/2019), fecha de consulta 2 febrero 2021, en <https://laleydigital.laleynext.es/>.

TORRELLES TORREA, E., “Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

TORRELLES TORREA, E., “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C. E. (eds.) *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 175-195.

TORRELLES TORREA, E., “El leve acercamiento de la Ley de Garantías de los bienes de consumo a la non-performance”, en LLAMAS POMBO, E. (ed.) *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, pp. 805-837.

TORRUBIA CHALMETA, B., “Mercado único digital y concepto de consumidor”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 22, 2016, pp. 19-29.

TWIGG-FLESNER, C., “Article 15 Exercise of the right of termination”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 272-278.

TWIGG-FLESNER, C., “Article 17 Obligations of the consumer in the event of termination”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 297-306.

TWIGG-FLESNER, C., “Conformity of goods and digital content/digital services”, en CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E. (eds.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 49-78.

VAQUER ALOY, A., “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXIV (I), BOE, Madrid, 2011, pp. 5-39.

VERDERA SERVER, R.; ESTRUCH ESTRUCH, J., “La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo”, en REYES LÓPEZ, M. J. (ed.) *Derecho privado de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 453-486.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

VERSACI, G., *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

WEBLEY, K., “A brief history of online shopping”, *TIME*, 2010, fecha de consulta 22 abril 2020, en <http://content.time.com/time/business/article/0,8599,2004089,00.html>.

WENDLAND, M., “Article 19 Modification of the digital content or digital service”, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds.) *EU*

Digital Law. Article-by-Article Commentary, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, pp. 316-321.

ZACCARIA, A.; DE CRISTOFARO, G., *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis-1519 nonies del Codice Civile introdotti con il D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24 in attuazione della Direttiva 1999/44/CE*, Cedam, Padova, 2002.

ZECH, H., “Information as Property”, en *Jipitec (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law)*, vol. 6-3, 2015, pp. 192-197, fecha de consulta en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4315/zech%206%20%283%29.pdf>.

ZIMMERMANN, R.; WAGNER, G.; JANSEN, N.; GRIGOLEIT, H. C.; FAUST, F.; EIDENMÜLLER, H., “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, en *Anuario Derecho Civil*, vol. LXII (IV), BOE, Madrid, 2009, pp. 1461-1522.

ZOLL, F., “Article 99 Conformity with the contract”, en SCHULZE, R. (ed.) *Common European Sales Law (CESL): - Commentary -*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012, pp. 463-471.