

LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS*

THE NEW EUROPEAN UNION DIRECTIVES ON THE DIGITALISATION OF CONTRACT LAW

ESTHER ARROYO AMAYUELAS**

RESUMEN

La sociedad está en continua transformación y la legislación europea de hace más de una década no dan respuesta adecuada a todos los retos que plantea el comercio electrónico a través de plataformas y sobre elementos digitales. En este nuevo contexto, hay que destacar la promulgación de dos directivas fundamentales, que se aprobaron en el año 2019: una regula el contrato de compraventa de bienes muebles, si bien presenta la particularidad de que su objeto son tanto los bienes tangibles como esos mismos bienes con elementos digitales (smart goods). Es la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo. La otra es la Directiva (UE) 2019/770, de la misma fecha que la anterior, que regula el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, sin precisar qué tipo de contrato debe tenerlos por objeto. El legislador europeo se adapta así a los cambios que traen consigo los avances tecnológicos, pero también introduce la idea de consumo sostenible al admitir, por primera vez, que un criterio de conformidad sea la durabilidad.

PALABRAS CLAVE: Contenidos y servicios digitales. Derecho privado europeo. Protección del consumidor. Compraventa. Conformidad. Durabilidad. Remedios.

ABSTRACT

Our world is changing and the EU Directives of more than a decade do not adequately address all the challenges of electronic commerce through platforms and on digital assets. In this new environment, it is worth highlighting the enactment of two fundamental directives, which were adopted in 2019: one regulates the contract for the sale of tangible goods, though it presents the distinctive feature that its scope covers both tangible goods and those same goods with digital elements (smart goods). This is Directive (EU) 2019/771 of 20 May. The other is Directive (EU) 2019/770, of the same date as the former, which regulates the contract for the supply of digital contents and services, without specifying what type of contract should have them as its subject matter. The European legislator is thus taking into account the changes brought about by technological advances, but also introduces the idea of sustainable consumption by admitting, for the first time, that durability is a conformity requirement.

KEYWORDS: Digital content and services. European private law. Consumer protection. Sales. Conformity. Durability. Remedies.

SUMARIO: I. Introducción. II. Armonización máxima, solo en parte. III. Contratos de consumo. IV. Más allá de la compraventa. 1. La tipificación del contrato según la naturaleza de la prestación.

* Publicado con anterioridad en Arnau Raventós, Lidia (dir), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 19-46. La contribución se enmarca ahora en el Proyecto I+D+I PID2024-157907NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y el FEDER “Una forma de hacer Europa”.

** Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Barcelona y miembro del Instituto TransJus de la misma Universidad.
E-mail: earroyo@ub.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2466-7833>.

2. Nuevas categorías de contratos según la duración. 3. Contratos que admiten el pago con datos personales. V. ¿De qué se ocupan las directivas? 1. El concepto de conformidad. 2. La acumulación de criterios subjetivos y objetivos. 3. La conformidad a lo largo del tiempo mediante actualizaciones. 4. El conocimiento y consentimiento a la exclusión de algunos criterios objetivos. VI. Los plazos ante la falta de conformidad. 1. Los plazos de responsabilidad. 2. Los plazos de las presunciones de falta de conformidad. 3. Los plazos de prescripción. VII. La conformidad jurídica. VIII. Los remedios derivados de la falta de conformidad. 1. Previo: la notificación de la falta de conformidad. 2. ¿Qué remedios? IX. Reflexiones finales. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las directivas de hace más de una década -entre ellas la Directiva 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹- no dan respuesta adecuada a todos los retos que plantea una sociedad que ha sufrido muchas transformaciones desde entonces y en la que rigen nuevos modelos de consumo. Los intercambios a distancia se han redimensionado como consecuencia del vertiginoso desarrollo de internet, mucho más durante y tras la pandemia ocasionada por el coronavirus; el comercio electrónico no se entiende ya sin las plataformas; y hoy se contrata sobre elementos digitales tanto o más que sobre bienes tangibles -estos, a su vez, con elementos digitales integrados o interconectados con ellos- lo cual indica que tan importante como el acceso a la propiedad (permanente) de bienes muebles es el acceso, más o menos continuo, más o menos temporal, y no necesariamente indefinido, a otro tipo de bienes o servicios.

En este nuevo contexto, hay que destacar la promulgación de dos directivas fundamentales para el comercio electrónico, que se aprobaron en el año 2019: una reemplaza la Directiva 99/44/CE y regula el contrato de compraventa de bienes muebles, si bien presenta la particularidad de que su objeto son tanto los bienes tangibles como esos mismos bienes con elementos digitales (*smart goods*). Es la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo (DCV).² La otra es la Directiva (UE) 2019/770, de la misma fecha que la anterior,³ que regula el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, sin precisar qué tipo de contrato debe tenerlos por objeto. El legislador europeo se adapta así a los cambios que traen consigo los avances tecnológicos -aunque para algunos es criticable que

1 DOUE L 171, de 7.7.1999

2 DOUE L 136, de 22.05.2019.

3 DOUE L 136, de 22.05.2019.

los aspectos relacionados con los contenidos digitales se hallen en dos directivas cuya regulación no es del todo coincidente-⁴ pero también introduce la idea de consumo sostenible al admitir, por primera vez, que un criterio de conformidad sea la durabilidad -si bien es opinión generalizada que en esta cuestión se podía haber ido mucho más lejos-.⁵

II. ARMONIZACIÓN MÁXIMA, SOLO EN PARTE

La armonización máxima es muy invasiva con los Derechos nacionales y, seguramente por eso, las dos directivas de que ahora se trata, son muy laxas en algunas cuestiones fundamentales. La regla general es que el legislador nacional no puede imponer requisitos formales o sustantivos distintos a los establecidos por el legislador europeo con el fin de procurar una mayor protección al consumidor, pero se advierte que eso es así salvo que la propia norma permita expresamente otra cosa (art. 4 DCV; art. 4 DCD). El margen de discrecionalidad que tienen los Estados miembros es distinto en ambas directivas. Así, la DCD prescinde de los plazos de responsabilidad del empresario, si bien admite que los ordenamientos jurídicos nacionales introduzcan uno que no sea inferior a dos años (art. 11.2 II); por el contrario, la DCV solo autoriza a mantener el plazo de responsabilidad de dos años previsto legalmente o, en su caso, ampliarlo (art. 10.3). En consecuencia, en el Derecho interno no podrían preverse únicamente plazos de prescripción, como sin duda sí que lo haría posible la DCD. Varía también la posibilidad de modificar el plazo de inversión de la carga de la prueba, que existe en la DCV (art. 11.2: 1 año ampliable a 2), pero no en la DCD (art. 12.2). Y solo la DCD prohíbe la imposición al consumidor de la obligación de notificar la falta de conformidad en un plazo determinado como requisito para el ejercicio de sus derechos (Cdo 11 DCD).⁶

III. CONTRATOS DE CONSUMO

El ámbito de aplicación de las directivas es el de los contratos de consumo. Las relaciones B2B solo se abordan a propósito de la acción de regreso del empresario y, además, de forma residual, toda vez que se abandona a la concreta

4 Recientemente, BARCELÓ COMPTE, Rosa / RUBIO GIMENO, Gemma, “Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law”, *EuCML*, 3, 2002, pp. 81-90,

5 Entre muchos, *vid.* TERRY, Evelyn, “A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law”, *ERPL*, 4, 2019, pp. 857-858; VAN GOOL, Elias / MICHEL, Anaïs, “The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis”, *EuCML*, 4, 2021, pp. 136-147; AUGENHOFER, Susanne, “European Commission’s Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Public Institute”, Vienna, 2022, pp. 1-18. Entre nosotros, recientemente, BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?”, *RDC*, 2, 2022, pp. 141-186.

6 Sobre el particular, *vid. infra* VI y VIII.

regulación al Derecho nacional (art. 18 DCV, art. 20 DCD).⁷ Sin embargo, los contratos en el mundo digital son cada vez más estandarizados⁸ y las plataformas en línea son la principal puerta de entrada a los mercados para la mayoría de las pequeñas empresas de la economía digital. Esto comporta asimetrías e inferioridad de condiciones a la hora de negociar y, por consiguiente, se diría que los motivos que justifican la eliminación de barreras en el mercado interior concurren también en este caso. Por consiguiente, hubiera sido aconsejable ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de ambas normas. Si no se ha hecho es quizás para evitar el impacto económico de una medida de estas características, que es la razón que parece que subyace en el hecho de que las directivas no definan ya tampoco cuándo debe reputarse consumidor quien concluye contratos con doble finalidad (Cdos 17 DCD, 22 DCV).⁹ Es así, a pesar de las sugerencias que aconsejaban ampliar la noción a los profesionales liberales, seguramente a la vista de la dificultad de discriminar en el mundo digital qué es uso personal o profesional, por lo menos cuando se adquiera según qué tipo de contenido digital (*vgr. software*).¹⁰ En Cataluña se mantiene la categoría de consumidor para aquél que principalmente actúe con un propósito ajeno a su profesión (art. 621-2 CCCat).

Por otra parte, gracias al desarrollo de la economía colaborativa el consumidor ya no es solo destinatario de bienes y servicios, sino también quien los produce o suministra y no siempre está claro cuando pierde ese estatus. Hasta fechas recientes podía ser complicado saber cuándo un consumidor era, en realidad, un comerciante¹¹ y por eso se promulgó un nuevo art. 6 *bis* letra *b* Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores (DDC)¹² que obliga a las plataformas de comercio electrónico a aclarar en qué calidad actúa el tercero que, a través suyo, ofrece bienes, servicios o

7 Crítico, SCHULZE, Reiner, “Die Digitale-Inhalte-Richtlinie-Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht”, *ZEuP*, 4, 2019, pp. 702-703; BEALE, Hugh, “Digital Content Directive and Rules For Contracts on Continuous Supply”, *JIPITEC*, 2, 2021, p. 105.

8 SCHULTE-NÖLKE, Hans, “The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law”, *EuCML*, 4, 2015, pp. 135-139.

9 Así, STAUDENMAYER, Dirk, Article 3 Directive (UE) 209/770, en SCHULZE, Reiner / STAUDENMAYER, Dirk (Eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 66.

10 A propósito de la Propuesta de directiva sobre contenidos digitales, *vid.* el Dictamen del CESE sobre las Propuestas de Directivas. Ponente: Jorge Pegado Liz, epígrafe 4.3.2.2 (DOUE C 264, de 20.7.2016).

11 STJUE C-105/17, de 4.10.2018, *Kamenova* (§§ 36-40, 45). *Vid.* TWIGG-FLESNER, Christian, “Disrupted Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law”, en DE FRANCESCHI, Alberto, (Ed.) *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 34-36.

12 DOUE L 304, de 22.11.2011, p. 64. Precepto introducido por el art. 4.5 de la Directiva (UE) 2019/2161, en lo que respecta a una mejor aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DOUE L 328 de 18.12.2019).

contenidos digitales. Sin embargo, el precepto no disipa todas las dudas por completo porque nada asegura que el tercero diga la verdad, aunque sea de forma inconsciente, y, además, hasta la fecha, ni ese ni ningún otro precepto imponía a la plataforma el deber de comprobarlo.¹³ El nuevo art. 30 del Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales,¹⁴ impone ahora la trazabilidad de los vendedores y obliga a la plataforma a controlar y comprobar su identidad, pero sigue sin abordar la cuestión fundamental de quién debe ser considerado comerciante o profesional en el mundo *online*,¹⁵ cuestión que reviste cada vez mayores dificultades si se tiene en cuenta la emergencia de nuevas actividades en línea¹⁶ y la posibilidad de que su valoración sea distinta a lo largo del tiempo.¹⁷

IV. MÁS ALLÁ DE LA COMPRAVENTA

1. LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO SEGÚN LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN

La Directiva 2011/83/UE (DDC) se hizo eco inicialmente de la dicotomía entre bienes (corporales) y servicios (intangibles) y reservó el contrato de compraventa para los primeros.¹⁸ La DCV continúa ciñendo su ámbito de

-
- 13 Cdo 28 Directiva (UE) 2019/2161. PAISANT, Gilles, *Droit de la consommation*, Puf, Paris, 2019, p. 377; LOOS, Marco, “The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All”, *ERPL*, 2, 2020, pp. 417-418.
 - 14 DOUE L 277, de 27.10.2022. Corresponde al art. 24c de la versión aprobada por el Parlamento Europeo y hecha pública el pasado 4 de julio de 2022. Documento AMP9_AMA(2021)0356(564-564)_EN.docx; PE702.829v01-00.
 - 15 Sobre la importancia de esta cuestión, a propósito de la reforma del art. 6 *bis* DDC, TWIGG-FLESNER, Twigg-Flesner, Christian, “Bad-Hand? The “New Deal” for EU Consumers”, *GPR*, 4, 2018, pp. 172-173. Lo dicho es sin perjuicio de que se prohíba a los comerciantes fingir que no lo son. Según el Anexo I, punto 22 Directiva 2005/29/CE, es una práctica comercial engañosa: “Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un comerciante no actúa a los fines propios de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor.” De acuerdo con la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29, esto se aplica a toda declaración incorrecta o inexacta de no ser comerciante (DOUE C 526, de 29.12.2021), p. 90. *Vid.* también Commission CRD Guidance (DOUE C 525, de 29.12.2021), p. 40.
 - 16 STJUE C-208/18, de 3.10.2019, *Petruchova* (persona que participa en operaciones efectuadas en el mercado FOREX sobre la base de sus propias órdenes lanzadas de manera activa, pero a través de un tercero que se dedica profesionalmente a esta actividad); STJUE C-774/19, de 10.12.2020, *Personal Exchange* (jugador de póquer online).
 - 17 A pesar de que la actividad empresarial era “no negligible”, la STJUE C-498/16, de 25.01.2018, *Schrems*, entiende que el usuario de redes sociales no pierde la condición de consumidor con la que inicialmente contrató si no llega a utilizar el servicio con carácter “esencialmente profesional”. Para la crítica, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *CDT*, 12-1, 2020, p. 95.
 - 18 Art. 2.5 y 2.6 DDC. *Vid.* STJUE C-583/18, de 12.03.2020, *Verbraucherzentrale Berlin* (§ 22); STJUE C-208/19, de 14.05.2020, *NK* (§ 62). Tras la reforma efectuada por la Directiva

aplicación a los bienes tangibles (art. 2.1) pero, por el contrario, la DCD, solo se aplica a los elementos intangibles, aunque estos se presenten corporeizados en un soporte (Cdo 19 DCD); en ese caso, el soporte (material) es tratado como si no lo fuera (art. 3.3 DCD). Con todo, esos intangibles no aparecen ya catalogados como contratos de servicios (como categoría contrapuesta a la compraventa) ya que pueden ser objeto, a la vez, tanto de contratos de servicios digitales propiamente dichos (art. 2.2 DCD) como de otros contratos distintos sobre contenidos digitales (art. 2.1 DCD) y, entre ellos, por supuesto, también la compraventa. La pregunta de cuándo se da cada caso no tiene una respuesta fácil. El *software*, por ejemplo, tanto puede ser un tipo de contenido digital como un servicio (Cdo 19 DCD).¹⁹ A la hora de determinar lo que sea un servicio, el art. 2.2 letra *b* DCD parece poner el acento en la infraestructura que permite a los consumidores compartir contenidos que estos hayan creado, si bien el art. 2.2 letra *a* DCD no exige que los contenidos no hayan sido proporcionados por el empresario para poder entender que solo entonces hay un servicio. Sin embargo, si tal suministro existiera junto con el servicio propiamente dicho -cosa que el precepto no excluye- entonces no se sabría ver la diferencia con el art. 2.1 DCD, que describe el contenido digital.²⁰ Sea como fuere, la distinción entre contenidos y servicios digitales solo sirve para enfatizar que la DCD se extiende a cualquier forma de suministro digital (Cdo 19 DCD).

2. NUEVAS CATEGORÍAS DE CONTRATOS SEGÚN LA DURACIÓN

El impacto de la digitalización ha traído consigo una nueva categoría de obligaciones de suministro continuado, que las directivas contraponen a los actos únicos de suministro. ¿Es eso indicativo de una dicotomía entre contrato de suministro de contenidos digitales (que podríamos equiparar a la venta) y contrato de suministro de servicios digitales (que reservaríamos a cualquier otro contrato)? No exactamente. De acuerdo con el Cdo 57 DCD lo importante es saber si el acceso a los elementos digitales es permanente (descarga de un libro electrónico o recepción de un enlace cada semana para descargar un libro) o limitado al periodo de vigencia del contrato (un servicio de *cloud computing*, el acceso a redes sociales, o el visionado de una película en *streaming*). Según

2019/2161, la DDC también incorpora las nociones de contenido y servicios digitales. A propósito de esto último y en relación con el derecho a desistir, STJUE C-641/19, de 8.10.2020, *PE Digital GmbH*.

19 Sin embargo, *vid.* SAVIN, Andrej, “Harmonising Private Law in Cyberspace: The New Directives in the Digital Single Market Context”, en ĐUROVIĆ, Mateja / TRIDIMAS, Takis (Eds.), *New Directions in European Private Law*, Hart, Oxford, 2021 p. 221: “while content refers to raw data, services refer to a product or a platform”.

20 MISCHAU, Lena, “The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law”, *EuCML*, 1, 2022, p. 13. Para un caso en que la noción de contenido digital queda absorbida por la de servicio digital, cuando además de la infraestructura el empresario proporciona un archivo digital, *vid.* STJUE C-641/2019, de 8 de octubre de 2020, *PE Digital*.

ese Cdo 57, sólo se excluye la categoría del contrato de servicios cuando el uso es *permanente* y la utilización del elemento digital no depende de que esté en vigor un contrato; al servicio le es inherente la noción de temporalidad y tal caracterización es independiente de que el suministro se produzca en uno o varios actos de entrega o de forma continuada en el tiempo. Temporalidad vs. Permanencia sería, pues, el índice que permitiría distinguir la venta de cualquier otro contrato al que, por economía de palabras, podríamos llamar contrato de servicios. Sin embargo, tampoco ese es un argumento definitivo, puesto que, antes, el Cdo 56 DCD establece que la posibilidad de utilización indefinida (en el sentido de permanente) de los elementos digitales también se extiende a los *servicios* digitales suministrados mediante actos individuales. Parece, pues, que la dimensión temporal tampoco sirve para diferenciar los conceptos de “contenido digital” y “servicio digital”, de manera que es difícil que los Derechos nacionales puedan prever tipos contractuales distintos sobre base de esta misma distinción (Cdo 12 DCD).²¹

3. CONTRATOS QUE ADMITEN EL PAGO CON DATOS PERSONALES

Los datos personales utilizados por el empresario con finalidad comercial pueden ser considerados el precio o la contraprestación de los contenidos o servicios digitales.²² Con todo, en este punto la DCD es confusa. Mientras que, de acuerdo con el art. 3.1 II DCD, esa recopilación de datos por parte del empresario ya desencadena la aplicación de la DCD,²³ el Cdo 24 DCD indica que sus normas solo se aplican si puede reputarse concluido un contrato según el Derecho vigente en los Estados miembros.²⁴ Las leyes de transposición no ofrecen ese matiz y se diría que muchas de ellas presuponen la existencia de un contrato en tal caso.²⁵ Aun así, es necesario precisar las particularidades del

21 Sobre todo ello, MISCHAU, “The Concept”, especialmente pp. 11-12, a quien sigo en el texto.

22 Pero *vid.* European Data Protection Supervision, “Opinion 4/2017”, pp. 3, 7. El Código Europeo de comunicaciones electrónicas no había tenido antes reparo en asumir un concepto amplísimo de remuneración que sí que incluye la cesión de datos personales o de otro tipo al prestador de servicios. Por consiguiente, nada debería impedir tal equiparación. *Vid.* Cdo 16 Directiva (UE) 2018/1972, de 11.12.2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (DOUE L 321, de 17.12.2018).

23 Así, BEALE, “Digital Content Directive”, p. 105; SAVIN, “Harmonising Private Law”, en DUROVIC / TRIDIMAS (Eds.), *New Directions*, p. 222

24 De ese parecer, METZGER, Axel, “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 125.

25 Así, la transposición se declara aplicable a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor en Portugal (art. 3.3 letra *b* Decreto-Lei n. 84/2021) o en España (art. 59.4 TR-LGDCU) o Cataluña (art. 621-67 CC Cat). En otros casos, la norma se declara aplicable, sin cuestionar si

consentimiento contractual cuando se trata de explotar económicamente los datos de los usuarios de los servicios digitales.²⁶ Y, puesto que la aceptación implícita o por vía del silencio no se admite cuando media una obligación de pago (arts. 8.2 II, 27 DDC), tampoco debería ser posible considerar tácitamente prestado el consentimiento a la recogida y explotación de datos personales por el simple hecho de navegar, independientemente de que, además, el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) también exija el consentimiento expreso para el tratamiento de esos datos (art. 6.1 letra *a*). En consecuencia, supuesto que no deba prevalecer la perspectiva más pragmática y simple que ya ofrece el art. 3.1 II DCD, sería precisa una regla que expresara claramente que los *browse agreements* están prohibidos en este tipo de acuerdos.²⁷

La DCV ni siquiera menciona la posibilidad de que los datos personales (o de otro tipo) puedan servir como contraprestación, pero no debería existir inconveniente en generalizar la regla contenida en el art. 3.1 II DCD, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando adquiere bienes inteligentes el consumidor también suministra datos personales.²⁸

V. ¿DE QUÉ SE OCUPAN LAS DIRECTIVAS?

Las directivas proporcionan el régimen jurídico de la conformidad de los bienes que son objeto de la compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y establecen cuáles son los remedios de los que dispone el consumidor ante la falta de conformidad. Además, en particular, la DCD regula una cuestión de la que la DCV no se ocupa: la falta de suministro de los elementos digitales (¿cuándo debe procederse a la *entrega*? ¿qué ocurre si no se produce el suministro o se suministra tarde?). De esto último no trata la DCV, como digo, porque la cuestión ya la había regulado previamente la Directiva 2011/83 (DDC). En todo caso, se aprecian diferencias relevantes en la

existe o no un contrato. Así, en Malta, art. 3.2 *Digital Content and Digital Services Contracts Regulations*, 2021 (L.N. 406 of 2021. *Consumer Affairs Act*, Cap. 378): “These regulations shall also apply where the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader”. *Idem*, Italia, Art. 138-octies 4 *Codice del consumo*.

- 26 Sobre el particular, recientemente, MILÀ RAFEL, Rosa, “Datos personales como contraprestación en la directiva de contenidos y Servicios digitales”, en GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur menor, 2022, pp. 407-450.
- 27 Para un análisis más amplio de los requisitos del consentimiento *online*, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales «gratuitos»)?”, en GÓMEZ POMAR / FERNÁNDEZ CHACÓN (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo*, pp. 331-405.
- 28 Críticos con la omisión detectada en la DCV a propósito del pago con datos personales, DE FRANCESCHI, Alberto, *La vendita con elementi digitali*, Napoli, ESI, 2019, p. 60; VANHERPE, Jozefien, “White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content”, *ERPL*, 2, 2020, p. 258.

regulación de esta materia en ambas normas (cfr. art. 18 DDC y art. 13 DCD).²⁹ Adicionalmente, la DCD establece una regla sobre modificación unilateral del contrato (art. 19 DCD), que se aplica al suministro continuado de elementos digitales y que no existe para las ventas de bienes con elementos digitales, sin que se alcance a entender por qué eso es así.³⁰

Las directivas no se ocupan de cuestiones como la formación, la validez o los efectos del contrato, ni de las consecuencias de la resolución (o cualquier otra causa de extinción del contrato), o el derecho a la indemnización de daños; no prevén tampoco determinados efectos de la reparación o la sustitución, o las condiciones y modalidades relativas a la suspensión del precio. Era necesario aclarar que algunos de esos aspectos quedaban fuera del ámbito de aplicación de las normas para descartar que la política de armonización plena o máxima pudiera llevar a pensar que la no regulación equivalía a la prohibición de ocuparse de esas cuestiones en los Estados miembros (Cdo 18, art. 3.6 DCV; Cdo 73, art. 3.10 DCD). En todo caso, llama mucho la atención que todavía sea posible mantener un régimen general complementario sobre vicios ocultos en los Derechos nacionales (art. 3.7 DCV; Cdo 12 DCD) cuestión que, tal vez, obligue a reconsiderar el sentido que a la luz de esas normas tiene la incompatibilidad que el art. 116 TR-LGDCU predica con las normas del CC español (las del saneamiento).³¹ Por otra parte, coexisten los remedios en el caso de que la falta de conformidad pudiera ser el fundamento de la anulación del contrato por error, lo cual, eventualmente, permitiría al consumidor beneficiarse de un plazo más amplio que el previsto en las directivas para la responsabilidad por falta de conformidad.³² Las normas europeas tampoco interfieren en las pretensiones contractuales o extracontractuales del consumidor frente a terceros (*vgr*, productor o fabricante; Cdos 18, 63 DCV; Cdos 12, 13 DCD).

29 *Vid.* FERVERS, Matthias, Article 13 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER, (Eds.), *EU Digital Law*, pp. 238-239.

30 Críticos, SEIN, Karin, ‘Goods With Digital Elements’ and the Interplay With Directive 2019/771 on the Sale of Goods (January 30, 2020), p. 8 (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3600137>; DE FRANCESCHI, *La vendita*, pp. 41, 99 y 100; BARCELÓ COMPTE / RUBIO GIMENO, “Supply”, p. 90. A propósito de la modificación del contrato de suministro de contenidos digitales en el Derecho civil catalán, *vid.* GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, “Reflexions al voltant de la modificació unilateral en el subministrament de continguts i serveis digitals”, en GINEBRA MOLINS, M. Esperança / LAUROBA LACASA, M. Elena (Coords.), *Estudis de Dret Català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 261-270.

31 La postura tradicional mayoritaria entiende que el consumidor solo puede servirse de los remedios previstos en el TR-LGDCU. No falta, sin embargo, quien establece la posibilidad de que el consumidor elija en función de sus intereses y ese podría ser ahora también el sentido del Cdo 18 y art. 3.7 DCV y Cdo 12 DCD. Sobre el particular, ARROYO AMAYUELAS, Esther, “The Implementation of EU Directives 2019/770 and 771 in Spain”, *EuCML*, 2, 2022, p. 36.

32 En favor de esa solución, LOOS, Marco “Not Good, but certainly Content”, en CLAEYS, Ignace / TERRY, Evelyn (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 19.

1. EL CONCEPTO DE CONFORMIDAD

En las directivas, la falta de conformidad no incluye, ni equivale a la falta de entrega, ni a la entrega retrasada.³³ Solo puede identificarse con un cumplimiento defectuoso o irregular que únicamente tiene en cuenta la diferencia entre lo que se debe según el contrato y/o determinados criterios establecidos legalmente y lo que, al final, acaba entregando el vendedor o empresario. Habrá falta de conformidad si el bien es inhábil para su uso normal (*vgr.* la pantalla táctil del *smartphone* no responde al tacto), si no se entrega en la cantidad adecuada, o se entrega sin las instrucciones necesarias (*vgr.* hay falta de conformidad si la visualización del contenido digital no es posible porque las instrucciones de instalación son insuficientes), o carece de la funcionalidad esperable (*vgr.* si los tiempos de ejecución de un programa son considerablemente más largos de lo habitual; o si el programa se cuelga constantemente), por citar solo algunos de los nuevos criterios objetivos determinantes de la falta de conformidad. La prestación debe poseer las cualidades que el consumidor pueda razonablemente esperar teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el propio vendedor (o por terceros por su cuenta) o el productor³⁴ y, además, la infracción de códigos de conducta o normas de la Unión o nacionales también puede ser tenido en cuenta para apreciar la falta de conformidad (entre ellas, el RGPD; Cdo 48 DCD).³⁵

33 Pero *vid.* POZO CARRASCOSA, Pedro del / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2a ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 157. De lo dicho queda al margen la entrega de menos cantidad o la falta de entrega de determinados accesorios, que, en las nuevas directivas, sí que son (o pueden ser) supuestos de falta de conformidad (art. 7 a DCD, art. 6 a DCV). *Vid.* ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d’elements digitals i al contracte de compravenda de béns”, INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT UdG (ed.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d’ús temporal per a béns*, Documenta, Girona, 2021, p. 123. Con más detalle, ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 85-89. Por lo demás, en el contexto del contrato de servicios de viajes combinados, la Directiva 2015/2302, sí que incluye dentro del ámbito de la falta de conformidad tanto la prestación no ejecutada como la que lo ha sido de forma irregular (art. 13.2 y 3.13).

34 De acuerdo con el art. 7.1 letra d DCV cuyo alcance es mayor al del art. 2.2 letra d Dir. 99/44, por razón de las personas implicadas, y el art. 7.2 DCV, que esencialmente se corresponde con el art. 2.4 Dir. 99/44. En la línea, art. 8.1 letra b y art. 8.2 DCD. MORAIS, Jorge, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services –Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *EuCML*, 5, 2019, p. 198, coloca las declaraciones del empresario entre los requisitos subjetivos de conformidad, seguramente porque las reconduce a la información precontractual del vendedor que sí que tiene ese carácter (Cdo 26 DCV). Sin embargo, si se tiene en cuenta que la publicidad determina cuáles pueden ser las expectativas razonables del consumidor, su regulación encaja mejor entre los requisitos objetivos de conformidad.

35 STAUDENMAYER, Dirk, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER

La ventaja de recurrir al concepto de conformidad -que se identifica con el incumplimiento del contrato- frente al saneamiento -que establece una responsabilidad especial del vendedor, tradicional en el CC español y aun presente en otros sistemas para contratos que no son de consumo (*vgr.* CC francés)- es que aquel evita tener que distinguir entre lo que es un vicio o defecto oculto que hace la cosa inservible para el uso prometido y lo que es un *aliud pro alio*.³⁶ Además, el espectro de diferencias entre lo prometido y lo entregado es muy amplio.³⁷

2. LA ACUMULACIÓN DE CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

La conformidad material exige que en el momento de la entrega y, en su caso, durante el periodo establecido para el suministro digital, la prestación cumpla con ciertos criterios subjetivos y objetivos. Puesto que ambos son cumulativos,³⁸ la norma que establece los criterios objetivos que en cada caso resulten de aplicación no es meramente aplicable por defecto,³⁹ sino que tiene naturaleza imperativa.⁴⁰ Dicho de otro modo, la mejora de las funcionalidades del contenido digital, o las medidas de seguridad frente a virus, spam, o robo de identidad, por poner solo algunos ejemplos, no pueden depender exclusivamente de que el vendedor nada haya previsto en el contrato. Eso no significa que la

(Eds.), *EU Digital Law*, p. 137; SCHULZE, Reiner / ZOLL, Fryderyk, *EU Contract Law*, 3ª ed., Hart, Baden-Baden, 2022, p. 224.

36 Lo recuerda el Preámbulo IX 12 DL 7/2021, de 27 de abril, de transposición de varias directivas europeas en el ordenamiento jurídico español y, entre ellas, la DCV y DCD (BOE n. 101, de 28.04.2021). Por eso sorprende que ese régimen no se generalice a otro tipo de compraventas. La crítica a la subsistencia del saneamiento en el CC se remonta a muchos años atrás (MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006, 93-144) y continúa en la actualidad (*vid.* MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: cuaderno jurídico*, 70, 2020, pp. 15-29; manejo una edición no paginada y lo dicho corresponde al texto correspondiente a la nota 6). Sin embargo, tras destacar las diferencias entre la responsabilidad general (por incumplimiento) y especial (por vicios ocultos) del vendedor, considera que tal vez la regulación del CC es adecuada en un régimen de contratación estructuralmente igualitaria, JUÁREZ TORREJÓN, Ángel, “Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios postventa”, en SANTOS MORÓN, M. José / MATO PACFÍN, M. Natalia (Coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 108.

37 *Vid.* recientemente, GÓMEZ POMAR, Fernando, Comentari a l'article 621-20 CCCat, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 227 y ss.

38 Art. 7.1 DCV, art. 8.1 DCD: “Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad [...]”; “tanto ... como” (Cdo 25 DCV); “no solo ... sino además” (Cdo 45 DCD, Cdo 29 DCV).

39 Entiende que, por el contrario, los criterios objetivos tienen carácter supletorio, CASTILLA BAREA, Margarita, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 99-102.

40 TWIGG-FLESNER, Christian, “Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dirs.), *El Derecho privado*, 2020, p. 53.

ley suplante en todo caso la voluntad de las partes a la hora de fijar el objeto del contrato. Lo que se pretende es que el empresario observe los criterios establecidos legalmente, por otra parte, muy flexibles, y no siempre aplicables todos en cualquier caso, para evitar que pueda comercializar bienes con una calidad inferior a la que ofrece el mercado sin que el consumidor sea consciente de ello, porque la información en la que se lo advierte queda difuminada entre las condiciones generales de la contratación. Así, si lo que ha previsto en el contrato introduce cualquier desviación perjudicial o más onerosa para el consumidor respecto de lo que este podría esperar en el mercado de referencia (suponiendo que este exista, cosa que no es evidente en la comercialización de bienes de segunda mano), entonces deberá mediar su conocimiento y consentimiento expreso. Se ha dicho por ello que las nuevas normas sobre requisitos objetivos refuerzan los requisitos de transparencia del empresario.⁴¹

3. LA CONFORMIDAD A LO LARGO DEL TIEMPO MEDIANTE ACTUALIZACIONES

No puede entenderse que los contenidos digitales (estén o no incorporados en los bienes) son conformes al contrato si no se proporcionan actualizaciones durante un tiempo ¿Cuál es ese tiempo? Las directivas presentan diferencias de regulación. Cuando el suministro de elementos digitales es continuado, la DCD establece que el deber de proporcionar actualizaciones se extiende durante toda la vida del contrato (art. 8.3 letra *a*, art. 8.4 DCD). Sin embargo, cuando ese suministro continuado de elementos digitales se inserta en bienes, la DCV sigue otro esquema: el vendedor debe proporcionar actualizaciones durante un mínimo de dos años, porque ese es también el plazo de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad (art. 7.3 letra *b*, art. 10.2 DCV). Si el suministro dura más, entonces vuelve a aplicarse la regla general de la DCD. La regulación es difícil de distinguir, sobre todo cuando cueste saber cuál es el elemento predominante (*vgr.* un llavero que incorpora un chip que permite encontrar las llaves).⁴² Por otra parte, de forma algo confusa, los actos de entrega periódicos de elementos digitales (*vgr.* descargas de libros electrónicos en virtud de un contrato de suscripción) también son considerados un suministro continuado (Cdo 57 DCD), si bien entonces el deber de actualizar se alarga

41 CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, en SANTOS MORÓN / MATO PACÍN (Coords.), *Derecho de consumo*, p. 296. Para otras consideraciones sobre transparencia y requisitos objetivos y el impacto de las nuevas reglas en la introducción de nuevos bienes en el mercado o en la comercialización de bienes de segunda mano, *vid.* GSELL, Beate, “Conformidad y expectativas razonables de los consumidores”, *Working Paper* de la Cátedra Jean Monnet, 2022, 2, pp. 1-10.

42 VANHERPE, “White Smoke”, p. 261: “The Split based on the period of continuous supply of digital content (less vs more than two years) appears to be somewhat artificial and easy to circumvent”.

durante todo el tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar (Cdo 31 DCV, art. 7.3 letra *a* DCV y 8.3 letra *b* DCD). Esa regla es la que, en realidad, se debería haber generalizado a cualquier supuesto, porque es la que mejor recoge la idea de que las actualizaciones se adaptan a la finalidad del suministro y a la durabilidad prevista para cada bien.⁴³

4. EL CONOCIMIENTO Y CONSENTIMIENTO DE LA EXCLUSIÓN DE ALGUNOS CRITERIOS OBJETIVOS

El hecho de que el conocimiento del consumidor de la falta de conformidad deba provenir de la información que le proporciona el vendedor y que, además, deba consentirla (art. 7.5 DCV, art. 8.5 DCD) significa que no basta con que el consumidor conociera espontáneamente la falta de conformidad antes de contratar o no pudiera razonablemente desconocerla. Por el contrario, en la Directiva 99/44 (art. 2.3), esto último era determinante de la exclusión de responsabilidad del vendedor porque si el comprador conocía el defecto entonces no podía considerarse que su expectativa quedaba defraudada.⁴⁴ La mayor protección que en este punto proporcionan ambas directivas queda en parte ensombrecida si se tiene en cuenta que esa renuncia a determinadas características objetivas puede afectar a la esencia misma de la obligación del vendedor o empresario de garantizar la conformidad. No parece de recibo, por ejemplo, que se pueda excluir que el consumidor reciba actualizaciones de seguridad.⁴⁵ Por lo demás, sorprende que dicha posibilidad de renuncia se excluya cuando los criterios de conformidad se refieran a la instalación (arts. 9 DCD, 8 DCV).⁴⁶

La renuncia a determinados requisitos de conformidad exige un acuerdo expreso y por separado (esto es, no en condiciones generales) y un comportamiento inequívoco del consumidor (art. 7.5 DCV, art. 8.5 DCD). En el contexto de la contratación *online*, un ejemplo de tal comportamiento sería

43 Lo propone la Resolución del Parlamento Europeo de 25.11.2020, epígrafe 7 letra *a*.

44 MARIN LÓPEZ, Manuel J., “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, *Diario La Ley*, n° 9461, de 22.07.2019, p. 10; TWIGG-FLESNER, “Conformity”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dirs.), *El Derecho privado*, p. 71; GÓMEZ POMAR, Fernando, “Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE”, en GÓMEZ POMAR / FERNÁNDEZ CHACÓN (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo*, pp. 515-517.

45 En esa línea, SÁNCHEZ LERÍA, “Mercado Digital”, pp. 62-63. Propugna también una interpretación muy restrictiva del art. 7.5 DCV, ARTZ, Markus, “Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771”, *LaNotaria*, 2-3, 2019, p. 121. Desde el punto de vista de la sostenibilidad, sugieren que determinadas características no deberían poder excluirse nunca, VAN GOOL / MICHEL, “The New Consumer Sales”, p. 141.

46 No era así en la Propuesta de Directiva sobre venta online de 2015 (art. 4.3). Llama la atención sobre el cambio, STAUDENMAYER, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, p. 163, pero no explica cuál debería ser el fundamento de esa diferencia de trato.

marcar una cruz en una casilla (Cdo 49 DCD).⁴⁷ En la contratación telefónica, y a partir de lo dispuesto en el art. 8.6 DDC, el consumidor solo quedaría vinculado una vez que hubiera puesto su firma en la declaración del empresario o enviado su acuerdo por escrito, o enviara su confirmación en soporte duradero (papel, correo electrónico o sms).⁴⁸ Ahora bien, si el contrato se concluye presencialmente en el establecimiento del empresario ¿debería admitirse una declaración verbal? Y si esta se permitiese ¿qué significaría entonces tener que prestarlo “separadamente”?

En otras ocasiones en que, en el momento de la conclusión del contrato, el legislador ha requerido un consentimiento separado del consumidor a determinadas cláusulas contractuales, también ha solicitado su firma.⁴⁹ Por consiguiente, a la vista de los distintos escenarios en que pueden operar las DCV y DCD, puede discutirse si los Cdos 36 DCV y 49 DCD significan lo mismo.⁵⁰ Más allá de que, por cuestiones de prueba, interese al empresario exigir ciertas formalidades en el modo de prestar consentimiento para poder tener constancia de su otorgamiento (con el añadido incremento de costes y burocracia), es cuestionable que legalmente baste un consentimiento verbal del consumidor (acaso prestado con menos reflexión que cuando se requiere marcar una cruz) porque eso no le proporciona la posibilidad de consulta reiterada del acuerdo al que se ha llegado, con el fin de comprobar a qué se ha obligado en realidad el vendedor.

VI. LOS PLAZOS ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD

La existencia de un plazo de responsabilidad es conocida porque ya antes el art. 5 Dir. 99/44 lo había previsto (allí: plazo de garantía legal). La particularidad de las nuevas directivas es que además de situarnos en el escenario de una compraventa típica, ofrecen la perspectiva nueva de la ejecución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Eso obliga a saber si es o no posible individualizar (uno o varios) actos de entrega a partir de los cuales

47 A propósito de los arts. 8.1 II, 22 DDC y los otros preceptos de la DDC que exigen el consentimiento o la solicitud expresa del consumidor, *vid.* Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE hechas públicas por la Comisión Europea (DOUE C 525, de 29.12.2021), p. 59 y 62.

48 Teniendo en cuenta los avances tecnológicos, la Directiva (UE) 2019/2161, ha eliminado la referencia al número de fax de la lista de medios de comunicación en el artículo 6, apartado 1, letra c, de la Directiva 2011/83/UE, ya que el fax rara vez se utiliza en la actualidad y en gran medida se encuentra obsoleto (Cdo 46).

49 Así, a propósito del derecho a desistir y la prohibición de pagos anticipados, art. 5.4 II Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE L 33, 3.2.2009).

50 Así, con críticas a la regulación, ARTZ, “Pactos”, p. 121.

pueda iniciarse el *dies a quo*. Así, no es lo mismo descargar una aplicación para incorporar en el móvil, que proporcionar un enlace cada semana para descargar un libro electrónico, obtener un suministro continuado de datos de tráfico en un sistema de navegación, o visualizar una película en *streaming*.

1. LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD

Los plazos de responsabilidad del vendedor son muy favorables para el consumidor en ambas directivas. En la DCV el vendedor responde de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien (en uno o varios actos de suministro) y que se manifieste en el plazo de dos años. Es así, incluso si se trata de bienes con elementos digitales (art. 10.1 DCV). Si en este tipo de bienes los contenidos o servicios digitales son de suministro continuado, a lo largo de más de dos años, entonces se admite que el vendedor responda por todos los defectos que se produzcan o manifiesten a lo largo de todo el periodo contractual (art. 10.2 DCV). Los dos años tras la entrega a los que me he referido antes pueden ser ampliados por los Estados miembros (art. 10.3 DCV). Eso es exactamente lo que ha sucedido en España y en Cataluña, ya que ahora la compraventa de bienes (con o sin contenidos digitales) pasa a tener un plazo de garantía de 3 años (art. 120.1 TR-LGDCU, 621-23.1 CCCat). El resultado es muy protector para el consumidor. Y lo es, en particular, en la hipótesis de entrega de bienes con elementos digitales de suministro continuado cuando el contrato dure menos de dos años, porque entonces el plazo de garantía se extiende a dos años o más, según los Estados miembros decidan ampliarlo (y en el caso español y catalán se extiende hasta tres, art. 120.2 TR-LGDCU, art. 621-23.1 CCCat). Hay que darse cuenta, además, de que cuando el suministro de contenido digital es continuado durante un periodo, basta con que el defecto se produzca en ese periodo, sin perjuicio de que se pueda reclamar más tarde, esto es, cuando se manifieste, cosa que puede suceder mucho tiempo después. La diferencia con la entrega de bienes (con o sin elementos digitales) en actos de suministro único es clara: en tal caso, los defectos deben manifestarse en el plazo de responsabilidad del vendedor (cfr. art. 10.1 y 2 DCV). La transposición en el TR-LGDCU sigue esa misma orientación de las directivas, pero en Cataluña, con buen criterio, el art. 621-23.1 y 2 CCCat exige siempre que la falta de conformidad se “manifieste” durante el plazo previsto legalmente.

En relación con los contratos de contenidos o servicios digitales que se suministran en un único acto o en una serie de actos individuales, el art. 11.2 I DCD adopta una regulación ligeramente distinta: la norma establece que no hay plazo de conformidad, pero que los Estados Miembros sí que pueden establecerlo; de ser así, el plazo no debe ser inferior a dos años a partir de cada acto de entrega (art. 11.2 II). Es lo que correctamente hacen el Derecho español (art. 120.2 TR-LGDCU) o catalán (art. 621-73.2 CC Cat). Con ello se trata

de evitar poder reclamar eternamente al empresario, pero es una solución que casa mal, por un lado, con la idea de que por lo general los contenidos digitales no sufren desgaste; y, por el otro, con la regla pensada para el suministro continuado, porque entonces se puede exigir responsabilidad en cualquier momento, mientras dure el contrato e incluso después si, producida entonces, la falta de conformidad se manifiesta cuando aquel ya se ha extinguido (art. 11.3 DCD; art. 120.2 TR-LGDCU; art. 621-74 CCCat).

Por otra parte, hay que fijarse en que, en el supuesto de que ese suministro de contenido digital solo dure un año, la protección del consumidor disminuye respecto de la que le otorga el art. 10.2 DCV para la venta de bienes con elementos digitales de suministro continuado, porque ya se ha visto que este precepto impone un periodo de garantía mínimo no inferior a dos años (que en el Derecho español/catalán son 3).

2. LOS PLAZOS DE LAS PRESUNCIONES DE FALTA DE CONFORMIDAD

Las normas sobre inversión de la carga de la prueba son distintas en ambas directivas. Solo la DCV da la posibilidad a los Estados miembros de ampliar en un año la presunción *iuris tantum* de la preexistencia del defecto en el momento de la entrega (art. 11.2 DCV) lo cual es, de nuevo, una manifestación de la armonización mínima. Así, el plazo de presunción de existencia de la falta de conformidad de los bienes es de dos años en el Derecho español (art. 121.1 TR-LGDCU) o catalán (art. 621-24.1 CCCat). Por el contrario, en el suministro de contenidos digitales realizado mediante acto o actos individuales de entrega, la presunción es de solo un año (art. 12.2 DCD). Para el caso de suministro continuado de contenidos y servicios digitales (incorporados o no en los bienes) la carga de la prueba se invierte durante todo el plazo de responsabilidad del vendedor o suministrador (art. 11.3 DCV, art. 12.3 DCD) porque en este caso, a diferencia de lo que sucede cuando hay entregas individuales, no puede decirse que el suministro sale de la esfera de influencia del empresario para entrar en la del consumidor.⁵¹ Por consiguiente, este deberá probar que no había

51 GSELL, Beate / ARALDI, Rodrigo, “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”, CDT, 12-2, 2020, p. 495. Sin embargo, considera innecesaria la presunción, ZOLL, Frydryk, Article 12 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner / STAUDENMAYER, Dirk (Eds.), *EU Digital Law*, p. 218 y 221. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, a efectos del deber de procurar actualizaciones, el Cdo 31 DCV entiende que los elementos digitales nunca son totalmente independientes del entorno del vendedor, porque este (o un tercero) siempre puede actualizarlos a distancia, normalmente a través de internet, y es así independientemente de la modalidad de suministro.

falta de conformidad o que esta se produjo tras la expiración del periodo de responsabilidad.⁵²

Los art. 12.3 y 4 DCD dejan sin efecto la presunción sobre falta de conformidad. Por el contrario, la DCV nada dice sobre el particular a propósito de los contratos sobre bienes con elementos digitales. Quizás se supone que en ese escenario no encaja bien la idea de que el empresario no tiene acceso o no conoce el entorno digital del consumidor, pero no está claro que no pueda haber casos en que también pueda imponerse el mismo planteamiento diferenciado en torno a la carga de la prueba.⁵³ Es lógico, por lo demás, que así sea, si resulta que el consumidor no ha adoptado todas las medidas a su alcance para garantizar la compatibilidad del entorno digital cuando el empresario le hubiera informado de ello.

3. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Las dos directivas distinguen entre plazos de responsabilidad (antes, garantía legal) y plazos de prescripción de los concretos remedios a disposición del consumidor, igual que ya hiciera en su momento el art. 5.1 Directiva 99/44 y la STJUE C-133/18, de 13.07.2017, *Ferendschild*, pero la regulación de los segundos la deja el legislador europeo a la consideración de los Estados miembros. En realidad, habría que decir que prescriben las pretensiones (a la reparación, sustitución o reclamación de daños) y que caducan los derechos potestativos (resolución). La rebaja del precio participa de ambos, según se ejerza una pretensión a la devolución de parte del precio o se pretenda de entrada pagar menos. Los Estados miembros son libres, con ciertos límites, de establecer tanto la duración del plazo como la determinación del *dies a quo* (art. 10.5 DCV, art. 11.3 II DCSD). En el Derecho español, el plazo de prescripción es de 5 años y empieza a contar a partir de la manifestación de la falta de conformidad (art. 124 TR-LGDCU).⁵⁴ Esto último es así también en Cataluña (art. 621-44.3 CCCat), pero aquí el plazo de prescripción es de solo 3 años (art. 621-44.1 CCCat). Puesto que ambos plazos, de responsabilidad y de prescripción, no corren paralelos, no existe ningún problema en que ambos coincidan en extensión.

52 DE FRANCESCHI, *La vendita*, p. 130.

53 Para los matices, CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance”, pp. 6 y 7 y nota 21.

54 Para la crítica, ARROYO AMAYUELAS, Esther, “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 19, 2022, pp. 6-7. Otros países que combinan plazos de garantía y de prescripción mantienen un *dies a quo* objetivo y prevén plazos de prescripción muy cortos. Así, en Austria, tras el transcurso de dos años de garantía se suman solo tres meses de prescripción (§ 28.1 VGG; art. 933.3 ABGB).

VII. LA CONFORMIDAD JURÍDICA

Otra de las grandes novedades de ambas directivas es la incorporación del concepto de conformidad jurídica. Es decir, que el vendedor o empresario responden por la venta o suministro de bienes o contenidos digitales que estén gravados con derechos de terceros de los que no se ha dado conocimiento al consumidor y que limiten su uso. Esto es particularmente importante en el caso de los contenidos digitales, porque siempre existen derechos de propiedad intelectual sobre los mismos. El consumidor compra los contenidos al vendedor, pero firma un contrato de licencia con el titular de esos contenidos; contrato de licencia donde se regula qué uso puede hacerse de los mismos (copiarlos, verlos en aparatos distintos, etc.). ¿Qué sucede si, tras la compra, el consumidor descubre que esos derechos le impiden utilizar el bien tal y como él esperaba? Pues que entonces puede reclamar frente al vendedor o empresario que sea parte en el contrato y este responderá por falta de conformidad si no le había advertido debidamente de que tal restricción existía. Aquí es donde se revela muy útil el pacto de exclusión de alguna característica objetiva (art. 8.5 DCD).⁵⁵ Cualquier vendedor prudente advertirá del contenido de la licencia en ese pacto para evitar tener que responder él después.⁵⁶

Con todo, la cuestión es un poco más complicada porque para poder reclamar se deben haber violentado o infringido las expectativas razonables del consumidor y no siempre será fácil determinar cuáles son éstas cuando se adquieren contenidos digitales ¿Por qué? Pues porque no existe una plasmación legislativa concreta de los derechos o intereses protegidos de los consumidores, por la diversidad de contenidos, porque el consumidor no siempre sabe lo que puede esperar, o porque es la industria la que en definitiva establece en cada momento lo que es posible.⁵⁷ Sorprende que ni la DCD ni la DCV respondan claramente a la pregunta de si ese más que probable déficit en la protección del consumidor puede ser mitigado mediante la aplicación de la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas.

Parece, además, que, para poder exigir responsabilidad frente al vendedor por falta de conformidad jurídica es precisa una vulneración de los derechos de terceros que perturbe el uso o utilización de los bienes, contenidos o servicios digitales. A propósito de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos digitales, el Cdo 54 DCD señala que no es preciso que, para poder exigir responsabilidad al empresario, el consumidor haga un uso ilícito de los contenidos (*ugr.* reventa o copias no permitidas por el titular de la licencia). De

55 STAUDENMAYER, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, p. 163.

56 SPINDLER, "Digital Content", p. 130.

57 SPINDLER, "Digital Content", pp. 118-119; OPRYSK / SEIN, "Limitations", p. 598.

hecho, aunque no imposible, tal vulneración será difícil como consecuencia de las medidas tecnológicas que forman parte de los *Digital Rights Management Systems*⁵⁸ (*vgr.* encriptados, contraseñas, dispositivos anticopia) que protegen el derecho en exclusiva del titular de la licencia, muchas veces incluso frente a limitaciones legalmente permitidas (art. 197 TR-LPI, que diferencia en función de si las obras con protección tecnológica se licencian o no a través de internet).⁵⁹ Parece, pues, que más que una vulneración efectiva por parte del consumidor, el dato importante es la perturbación que este pudiera experimentar en sus propias expectativas de utilización, si bien entonces no queda claro si se debería exigir que el tercero ejerza su derecho efectivamente o si simplemente bastaría constatar la existencia de ese derecho y la amenaza que supone sobre el disfrute de la posesión pacífica del bien (*vgr.* una venta de un cuadro robado, un embargo sobre el automóvil adquirido, un derecho de opción sobre la joya) o la plena utilización de los contenidos de acuerdo con lo que razonablemente pudiera esperar el consumidor (*vgr.* la imposibilidad de hacer copias de seguridad).⁶⁰

Las directivas no especifican el momento en que debe apreciarse la falta de conformidad jurídica de los bienes, contenidos o servicios digitales. No se excluye que el derecho de tercero deba preexistir a la entrega o puesta a disposición, pero se debe también dar cabida a la posibilidad de que el derecho acaezca o se “produzca” después, esto es, mientras dure el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales (*vgr.* por cambios sobrevenidos en las condiciones de la licencia).⁶¹

Además, aunque no lo diga expresamente ninguna directiva, en caso de conformidad jurídica no tiene sentido establecer plazos de garantía si la reclamación del comprador puede depender de un hecho que él no controla, como es el ejercicio que un tercero haga de su derecho (así, art. 621-23.6 CC

58 Para la definición de las medidas tecnológicas, art. 6.3 Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOUE L 167, 22.6.2001) (Directiva InfoSoc). Así también, art. 196.3 del RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, tal como fue reformado por el artículo único 9 del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril (BOE n. 91, de 14.04.2018).

59 GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Tutela de las medidas tecnológicas de protección de la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual”, en BERCOVITZ, Rodrigo (Dir.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 390-395.

60 A propósito del art. 10 DCD, ampliamente, ROSENKRANZ, Franz, Article 10 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, pp. 189-199. En Cataluña, *vid.* art. 621-30 CC Cat, que se interpreta en el sentido que no es preciso el ejercicio de la pretensión por parte del tercero. Sobre el particular, ARROYO AMAYUELAS, Esther, *Comentari a l'article 621-30 CC Cat*, a FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.), *Comentari al llibre sisè*, pp. 324-325.

61 A propósito del art. 10 DCV, admite que tiene sentido juzgar la conformidad jurídica en un momento distinto del de la entrega los bienes, CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, pp. 95-96.

Cat). En el caso de que la falta de conformidad derive de la no transferencia de la propiedad (o el derecho que sea objeto del negocio), tampoco procedería limitar la responsabilidad del vendedor a dos años a partir de la entrega si resulta que es más tiempo lo que necesita el consumidor para adquirir los bienes o derechos por usucapión. Por consiguiente, la responsabilidad del vendedor deberá extenderse a todo el periodo durante el cual el consumidor esté expuesto a la acción del tercero, sin perjuicio de que prescriba o caduque el remedio a partir del momento en que aquél tenga conocimiento de la falta de conformidad como consecuencia de dicha reclamación.

VIII. LOS REMEDIOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. PREVIO: LA NOTIFICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

Existen claras diferencias en ambas directivas en torno a la posibilidad de hacer depender el ejercicio de los remedios por falta de conformidad de su notificación tempestiva. No lo permite la DCD que, en este punto, es una norma de plena armonización (Cdo 11 DCD); pero el art. 12 DCV sí que acepta que se mantenga o introduzca dicha notificación en los Derechos nacionales, lo cual implica, por el contrario, que la armonización sea mínima en este punto (Cdo 46 DCV). Tal distinción es comprensible a la vista de la situación preexistente en los Estados miembros, pero no es desde luego una solución convincente.⁶² En todo caso, qué duda cabe de que la notificación al empresario seguirá siendo necesaria para que el vendedor resulte informado de que debe restablecer la conformidad del bien (Cdo 50 DCV) y por eso mismo nada debería impedir al legislador nacional hacer pechar al consumidor con los daños ocasionados por una notificación retrasada.⁶³ El legislador español no lo ha hecho, pero el catalán sí (art. 621-29.2 CCCat, aplicable también al contrato de contenidos y servicios digitales, ex art. 621-67.2 CCCat).

2. ¿QUÉ REMEDIOS?

Ante la falta de conformidad, el consumidor dispone de los remedios conocidos. En primer lugar, la reparación y la sustitución (remedios primarios), aunque la DCD omite esa distinción, quizás porque es difícil saber dónde encajar una actualización del *software*. En cualquier caso, es el suministrador

62 GSELL / ARALDI, “Plazos”, p. 492; ZÖCHLING-JUD, Brigitta, “Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht”, en STABENTHEINER, Johannes / WENDEHORST, Christiane / ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, p. 212; SEIN, “Goods”, p. 8.

63 Sobre el deber de mitigar el daño, SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, “Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico espanyol”, *InDret*, 4, 2021, p. 79.

del contenido digital quien escoge la manera de subsanar la prestación y no el consumidor como, por el contrario, sucede en la compraventa (cfr. art. 13.2 DCV y art. 14.2 DCD) porque parece que solo aquel es quien mejor puede conocer qué solución es precisa (Cdo 63). En segundo lugar, el consumidor puede optar por la rebaja del precio y la resolución (remedios secundarios). A pesar de la jerarquía, en ciertos supuestos es posible la transición directa a los remedios secundarios sin pasar previamente por la puesta en conformidad. Así, si esta es grave o está claro que el empresario no solucionará el problema, es posible pedir directamente la rebaja del precio o resolver el contrato. Esa es una novedad muy importante en ambas directivas que el legislador europeo no destaca suficientemente.⁶⁴

La pretensión de daños no está regulada ni en la DCD (Cdo 73, art. 3.10) ni en la DCV (Cdo 18; art. 3.6). Corresponde, pues, a los Estados miembros regular los presupuestos y condiciones de ejercicio de ese remedio, esto es, exigir o no que el defecto sea conocido por el empresario, establecer si la concurrencia de culpa del comprador le exonera, si solo hay que indemnizar el daño previsible, o si actúa y cómo el deber de mitigar el daño. Con todo, el vendedor debe soportar los costes de retirada e instalación del bien por expresa disposición del art. 14.3 DCV, lo cual podría equivaler a una responsabilidad objetiva por daños, con clara ventaja para el consumidor cuando el Derecho nacional prevea un sistema de responsabilidad por culpa.⁶⁵

El art. 13.6 DCV reconoce el derecho del consumidor a suspender el pago de parte del precio hasta que la otra parte cumpla sus obligaciones, pero abandona a los Estados miembros el establecimiento de las condiciones y modalidades de ejercicio de ese derecho. La DCD no contempla el remedio y el Cdo 15 DCD relega expresamente esa regulación a los ordenamientos nacionales.⁶⁶ Aun así, la presentación que realiza el legislador europeo es confusa.⁶⁷

A propósito del remedio que consiste en la reducción del precio, los art. 15 DCV y 14.6 DCD establecen cómo debe calcularse tal rebaja. Eso es una novedad respecto del art. 3.2 Directiva 99/44, que solo indicaba que debía

64 KOCH, Bernhard A, “Das System der Rechtsbehelfe”, in STABENTHEINER / WENDEHORST / ZÖCHLING-JUD (Hrsg.), *Das neue europäische*, p. 162.

65 Vid. STJUE 16.06.2011, C-65/09 y C- 87/09 (Weber & Putz) y las diferencias que con esa sentencia plantea ahora la regulación europea. Al respecto, ZÖCHLING-JUD, Brigitta, “Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel”, 3 GPR, 2019, p. 129.

66 Cfr. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, p. 249; SÁNCHEZ LERÍA, “Mercado digital”, pp. 66-67.

67 Los Cdos 15 DCD y Cdo 18 DCV se refieren a la posibilidad de suspender el cumplimiento de las obligaciones o parte de ellas, mientras que el art. 16.3 DCV solo contempla la suspensión del pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe. Llama la atención sobre el particular y da prioridad a la interpretación que resulta de la DCD, ARNAU RAVENTÓS, “Remedios”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *El Derecho privado*, pp. 96-97. Vid. también CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, pp. 247-248.

tratarse de una reducción adecuada. Ahora se especifica que tal reducción debe ser proporcionada a la disminución del valor de los bienes no conformes respecto del valor que tendrían si hubieran sido conformes. La rebaja del precio no es posible, claro está, cuando los contenidos digitales se suministren a cambio de datos personales o de otro tipo.

Es un sistema jerárquico de remedios, en que el acreedor no dispone de *ius variandi*, la resolución no lleva aparejada la exigencia de que la falta de conformidad sea grave, pero sí que se exige que esta no sea leve; si lo es (y esa prueba corresponde al empresario, art. 13.5 DCV, art. 14.6 DCD), no puede ejercerse con preferencia a la rebaja del precio (ni, por supuesto, con preferencia a los otros remedios) salvo que el consumidor no tenga esta última a su disposición, como típicamente sucede cuando paga con datos personales (art. 14.6 DCD). Solo si el incumplimiento es grave puede el consumidor acudir directamente a la resolución y en pie de igualdad con la rebaja del precio (art. 13.4 letra *c* DCV; art. 14.4 letra *d* DCD). En este punto, la jerarquía se flexibiliza, sin duda para dar cabida a regulaciones estatales preexistentes que, al amparo de una armonización mínima, habían prescindido de la misma. A pesar del beneficio que esto último supone para el consumidor, dirimir cuándo el incumplimiento es grave -que es algo más que que no sea leve- corresponde a los Estados miembros. Y tan o más importante que la entidad de la falta de conformidad (Cdo 65 DCD) serán los motivos que el consumidor pueda tener para no confiar en la capacidad del vendedor de resolver el problema (Cdo 51 DCV).

Las condiciones de ejercicio del derecho de resolución también se regulan. Así, se prevé la resolución extrajudicial mediante declaración a la otra parte, sin sujeción a forma alguna (art. 16.1 DCV, art. 15 DCD).⁶⁸ Además, se admite la resolución parcial del contrato, aunque los supuestos de hecho no son coincidentes en ambas directivas (cfr. art. 16.2 DCV, art. 16.1 II DCD).⁶⁹

En cuanto a los efectos de la resolución, la DCV se limita a regular los principales (Cdo 59-60 DCV). El art. 16.3 DCV prevé la restitución recíproca de las prestaciones, pero no establece en qué plazo. La norma tampoco prevé quien debe asumir el coste de la devolución, ni aclara si se deben frutos o intereses legales, ni qué sucede cuando los bienes se encuentran (legítimamente o no) en poder de terceros o el consumidor no puede devolverlos por otras razones, o estos han perdido valor como consecuencia de un uso que provoca la depreciación del bien.⁷⁰ A propósito de los contenidos y servicios digitales,

68 La idea se aprecia ya en el art. 26 del Convenio de Viena y es la tendencia en el moderno Derecho de contratos. Así, art. 621-42.4 CC Cat.

69 ARNAU RAVENTÓS, "Remedios", en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *El Derecho privado*, pp. 95-96.

70 Pero *vid.* para el caso de sustitución, art. 14.4 DCV y STJUE C-404/06, de 17.04.2008, *Quelle*.

el art. 16.1 DCD obliga al empresario al reembolso de “todos los importes pagados con arreglo al contrato” y esto incluye el precio y todas las prestaciones suplementarias con ocasión del contenido digital adquirido inicialmente (*vgr.* comprar funciones adicionales de una aplicación con suscripciones y compras dentro de la aplicación),⁷¹ en el bien entendido de que no procederá la devolución por el uso que se haya hecho antes de la resolución mientras los bienes eran conformes (Cdo 68 y art. 16.1 II y 17.3 DCD). Si el consumidor no ha pagado dinero, sino que ha proporcionado datos personales, el art. 16.3 DCD establece que el suministrador tiene la obligación de cumplir las obligaciones establecidas en el RGPD, es decir, no debe hacer uso de esos datos, y el consumidor puede solicitar que sean borrados (art. 17.1 letra *b* RGPD) y que le sean restituidos en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente, incluso que sean transferidos directamente a otro responsable del tratamiento (art. 20 RGPD). Por otro lado, el art. 16.3, letras *a, b, c y d* DCD obliga al empresario a abstenerse de utilizar los datos o contenidos digitales que no sean datos personales (*vgr.* videos, audios descargados desde un servidor) que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar el contenido o el servicio digital suministrado por aquel, salvo que no tengan utilidad fuera de ese contexto (*vgr.* avatares); o solo se refieran a la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales (*vgr.* cuántas veces usa un video o sube contenidos); o hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse, o no sin esfuerzos desproporcionados; o hayan sido generados juntamente con otros usuarios. Es decir que el empresario puede continuar obteniendo utilidad de esos contenidos que aparentemente no la tienen para el usuario fuera del entorno digital y no tendrá que devolverlos (Cdo 71 DCD).⁷² Tras la resolución se permite al proveedor adoptar medidas que impidan al consumidor continuar haciendo uso del contenido digital, tales como inutilizar la cuenta del consumidor o bloquearle de otro modo el acceso (art. 16.5). El uso de una u otra medida, tras la resolución del contrato, dependerá del tipo de prestación contratada.

71 *Vgr.* descarga de un videojuego y microtransacciones posteriores sobre contenidos digitales dentro del mismo que mejoran la experiencia del usuario o que incluso pueden utilizarse fuera de él o la adquisición de servicios *premium* que amplíen el entorno de los juegos en línea. *Vid.* los ejemplos -con fines distintos a los que aquí se trata- en las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE hechas públicas por la Comisión Europea (DOUE C 525, de 29.12.2021), p. 11. Además, TWIGG-FLESNER, Christian, Article 16 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, p. 282.

72 Crítico con esas excepciones y su fundamento, ampliamente, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de Servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dirs.), *El Derecho privado*, pp. 163-164. También, TWIGG-FLESNER, Christian, Article 16 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law*, pp. 289, 290.

IX. REFLEXIONES FINALES

Cuando la nueva Comisión Europea presidida por Jean Claude Juncker anunció que iba a modificar la Propuesta sobre un Reglamento opcional con una normativa común de compraventa europea (CESL),⁷³ presentada bajo el mandato del presidente José Manuel Durão Barroso, nadie esperaba que las medidas llamadas a reemplazarla y dadas a conocer el 9 de diciembre de 2015 consistieran en dos propuestas de directivas, una relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes;⁷⁴ y otra sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.⁷⁵ Esas propuestas eran la reformulación de algunos aspectos ya regulados en el CESL, pero suponían una vuelta al puntillismo y a la fragmentación de los Derechos nacionales. Cuatro años más tarde y tras ciertos avatares, ese planteamiento acabó consolidándose, a pesar de algunos cambios fundamentales respecto de las propuestas originales. También se ha afianzado la idea de que la armonización plena es una buena solución, aunque no se vean afectadas por normas imperativas determinadas cuestiones fundamentales.

Las páginas precedentes han tratado de condensar el alcance de esa nueva legislación, se han detenido en ciertos detalles, algunos de los cuales han puesto de relieve la disparidad de soluciones en una y otra directiva, el insuficiente alcance del respectivo ámbito de aplicación, o la deficiente regulación de determinadas cuestiones. Pero, sobre todo -y esa era la principal finalidad de la contribución- han dado a conocer el impacto que sobre el Derecho privado tienen ya los nuevos modelos de negocio. Otros capítulos de este mismo volumen incidirán, en particular, en los obstáculos de transposición con los que se han encontrado algunos legisladores nacionales.

BIBLIOGRAFIA

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, “La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el Derecho de consumo”, *REyD*, 24, 2021, págs. 1-33. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/issue/view/2621>

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d’elements digitals i al contracte de compravenda de béns”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT UdG (Ed.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d’ús temporal per a béns*, Documenta, Girona, 2021, pp. 85-138.

73 COM (2011) 635 final, Bruselas 11.10.2011.

74 COM (2015) 635 final; 2015/0288 (COD).

75 COM(2015) 634 final; 015/0287 (COD).

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 79-99.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, Comentari a l’art. 621-30 CC Cat, a FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 320-321.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 19, 2022, pp. 1-32.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, “The Implementation of EU Directives 2019/770 and 771 in Spain”, *EuCML*, 2, 2022, pp. 35-40.

ARTZ, Markus, “Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771”, *LaNotaria*, 2-3, 2019, pp. 120-121.

AUGENHOFER, Susanne, “European Commission’s Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Public Institute”, Vienna, 2022, pp. 1-18.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo regimen?”, *RDC*, 2, 2022, pp. 141-186.

BARCELÓ COMPTE, Rosa / RUBIO GIMENO, Gemma, “Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law”, *EuCML*, 3, 2002, pp. 81-90.

BEALE, Hugh, “Digital Content Directive and Rules For Contracts on Continuous Supply”, *JIPITEC*, 2, 2021, pp. 96-110.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *CDT*, 12-1, 2020, pp. 86-96.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de Servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 141-174.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)”, *Diario La Ley*, nº 9881, de 29.06.2021, pp. 1-32.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales «gratuitos»)”, en GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (Dirs), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, en SANTOS MORÓN, M. José / MATO PACÍN, M. Natalia (Coord.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 273-301.

CASTILLA BAREA, Margarita, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

DE FRANCESCHI, Alberto, *La vendita con elementi digitali*, ESI, Napoli, 2019.

FERVERS, Matthias, Article 13 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner / STAUDENMAYER, Dirk (Eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 221-241.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Tutela de las medidas tecnológicas de protección de la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual”, en BERCOVITZ, Rodrigo (Dir.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 390-395.

GÓMEZ POMAR, Fernando, “Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2018/771/UE”, en GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (dirs), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 495-549.

GÓMEZ POMAR, Fernando, Comentari a l'article 621-20 CC Cat, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 224-260.

GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, “Reflexions al voltant de la modificació unilateral en el subministrament de continguts i serveis digitals”, en GINEBRA MOLINS, M. Esperança / LAUROBA LACASA, M. Elena (Coords.), *Estudis de Dret Català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 261-270.

GSELL, Beate / ARALEDI, Rodrigo, “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”, *CDT*, 12-2, 2020, pp. 475-495.

GSELL, Beate, “Conformidad y expectativas razonables de los consumidores”, *Working Paper* de la Cátedra Jean Monnet, 2, 2022, pp. 1-10.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel, “Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios postventa”, en SANTOS MORÓN, M. José / MATO PACÍN, M. Natalia (Coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 107-132.

KOCH, Bernhard A, “Das System der Rechtsbehelfe”, en STABENTHEINER, Johannes / WENDEHORST, Christiane / ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, pp. 157-196.

LOOS, Marco “Not Good, but certainly Content”, en CLAEYS, Ignace / TERRY, Evelyn (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 3-54.

LOOS, Marco, “The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All”, *ERPL*, 2, 2020, pp. 407-424.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, n° 9461, *Diario La Ley*, de 22.07.2019, pp. 1-16.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: cuaderno jurídico*, 70, 2020, pp. 15-29.

METZGER, Axel, “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 121-140.

MILÀ RAFEL, Rosa, “Datos personales como contraprestación en la directiva de contenidos y Servicios digitales”, in GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 407-450.

MISCHAU, Lena, “The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law”, *EuCML*, 1, 2022, pp. 6-13.

MORAIS, Jorge, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services –Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *EuCML*, 5, 2019, pp. 194-201.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 93-144.

OPRYSK, Liliia – SEIN, Karin, “Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There A Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?”, *IIC*, 51, 2020, pp. 594-623.

PAISANT, Gilles, *Droit de la consommation*, Paris, Puf, 2019.

POZO CARRASCOSA, Pedro del - VAQUER ALOY, Antoni - BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2021.

ROSENKRANZ, Article 10 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 189-199.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, “Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español”, *InDret*, 4, 2021, pp. 33-87.

SAVIN, Andrej, “Harmonising Private Law in Cyberspace: The New Directives in the Digital Single Market Context”, en DUROVIC, Mateja - TRIDIMAS, Takis (eds.), *New Directions in European Private Law*, Oxford, Hart, 2021, pp. 211-231.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, “The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law”, *EuCML*, 4, 2015, pp. 135-139.

SCHULZE, Reiner, “Die Digitale-Inhalte-Richtlinie-Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht”, *ZEuP*, 4, 2019, pp. 695-723.

SCHULZE, Reiner - ZOLL, Fryderyk, *European Contract Law*, 3ª ed. Baden-Baden, Hart, 2022.

SEIN, Karin, “Goods With Digital Elements’ and the Interplay With Directive 2019/771 on the Sale of Goods” (January 30, 2020), pp. 1-11. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3600137>

SPINDLER, Gerald, “Digital Content Directive and Copyright-related Aspects”, *JIPITEC*, 2, 2021, pp. 111-130.

STAUDENMAYER, Dirk, Article 3 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 57-91.

STAUDENMAYER, Dirk, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 131-168.

TERRY, Evelyn, “A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law”, *ERPL*, 4, 2019, pp. 851-874.

TWIGG-FLESNER, Christian, “Disrupted Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law”, in DE FRANCESCHI, Alberto, (ed.)

European Contract Law and the Digital Single Market, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 21-48.

TWIGG-FLESNER, Christian, Articles 16, 18 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner – STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 278-296, pp. 306-316.

TWIGG-FLESNER, Christian, “Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther - CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 49-78.

TWIGG-FLESNER, Twigg-Flesner, Christian, “Bad-Hand? The “New Deal” for EU Consumers”, *GPR*, 4, 2018, pp. 167-175.

VAN GOOL, Elias – Michel, Anaïs, “The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis”, *EuCML*, 4, 2021, pp. 136-147.

VANHERPE, Jozefien, “White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content”, *ERPL*, 2, 2020, pp. 251–274.

ZÖCHLING-JUD, Brigitta, “Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel”, *GPR*, 3, 2019, pp. 115-133.

ZÖCHLING-JUNG, Brigitta, “Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht”, en STABENTHEINER, Johannes – WENDEHORST, Christiane – ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Wien, Manz, 2019, pp. 197-214.

ZOLL, Frederyk, Article 12 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner – STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 212-222.

